

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL

El modificado de obras en la contratación pública

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jesús Antonio Rodríguez Morilla

Directores

Fernando González Botija
Rafael Caballero Sánchez

Madrid, 2015

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo



**EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

**Jesús A. Rodríguez Morilla para optar al grado de Doctor en Derecho por la
Universidad Complutense de Madrid.**

DIRECTORES DE LA TESIS:

Doctor D. Fernando González Botija

Doctor D. Rafael Caballero Sánchez

ENERO 2015

AGRADECIMIENTOS.

En primer lugar, a mi esposa, la cual ha supuesto siempre en mi interior durante los últimos 44 años, la fuerza y el soporte desinteresado en muchos momentos de angustia y desesperación, aún a pesar de los sufrimientos que le proporciona su grave enfermedad.

Extensivo a mis dos hijos, a los cuales soy consciente de no haber alcanzado el grado óptimo paternal que hubiesen deseado.

A Fernando González Botija, que sin su acertada dirección, no hubiese sido posible la finalización de esta Tesis. Gracias Fernando, por tu comprensión y esfuerzo.

A Juan A. Marvizón y José M. Martínez Arias, dos de mis preceptores profesionales que con su perpetua confianza, supieron siempre tener la palabra justa en la ayuda desinteresada que siempre me brindaron.

Al claustro de Profesores de la UNED que tuve la suerte de disfrutar durante el D.E.A. en especial, a la Profesora: Carmen Pérez.

Finalmente a Rafael de Pedro, por su inagotable paciencia en su intensiva ayuda final, así como a Gerardo Adrados, siempre un magnífico compañero, y al equipo de colaboradores que tuve la fortuna que me acompañaran con su apreciada ayuda en los últimos años profesionales.

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

INDICE

| | |
|---|-----------|
| 0.- RESUMEN..... | 1 |
| 0.-Bis ABSTRACT | 4 |
| I.- INTRODUCCIÓN..... | 7 |
| II.- OBJETIVO DE LA TESIS..... | 15 |
| III.- ASPECTOS HISTÓRICOS. | 23 |
| 1. Las obras públicas: herencia del Derecho romano. | 23 |
| 2. Evolución histórica de las obras públicas en España: | 29 |
| 2.1. Romanización. | 29 |
| 2.2. La Edad Media..... | 30 |
| 2.3. La Edad Moderna. | 31 |
| 2.4. La legislación de obras públicas a partir del siglo XIX. | 33 |
| 2.4.1. Legislación hasta la adopción de la Ley de Contratos de 1965..... | 33 |
| a) Primera mitad del siglo XX. | 34 |
| b) El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales. | 46 |
| b.1) Introducción. | 46 |
| b.2) Deslinde de los Arts. 53 y 54..... | 47 |
| b.3) El problema del enriquecimiento injusto..... | 52 |
| 2.4.2. De la L.C.E. de 1965 a la L.C.S.P. de 2007. | 73 |
| a) Introducción..... | 73 |
| b) Los criterios para poder modificar los contratos públicos | 78 |
| b.1) La constatación de un interés público. | 79 |
| b.2) Las necesidades nuevas o causas imprevistas. | 79 |
| 2.4.3. Desde la L.C.S.P. de 2007, hasta la adopción del T.R.L.C.S.P. de 2011..... | 91 |
| a) La L.C.S.P. de 2007..... | 91 |
| b) La modificación introducida por la Ley de Economía Sostenible (L.E.S.): | 98 |
| b.1) Introducción. | 98 |
| b.2) La importancia del Derecho de la Unión Europea..... | 102 |
| b.2.1) Planteamiento..... | 102 |
| b.2.2) La perspectiva de la Jurisprudencia Comunitaria. | 110 |
| b.2.3) Algunas consideraciones del Parlamento Europeo..... | 129 |

| | |
|--|---------|
| b.2.4) Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la U.E. Hacia un mercado Europeo más eficiente de la contratación pública. | 129 |
| b.3) Ampliación del ámbito de aplicación a todos los contratos del sector público. | 133 |
| b.4) Aspectos de Derecho transitorio. | 135 |
| IV.- EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 16/11/2011. | 139 |
| 1. Introducción. | 139 |
| 2. Contratos de obras. | 140 |
| 2.1. Introducción. | 140 |
| 2.2. Ámbito de aplicación. | 153 |
| 2.3. El reconocimiento de la potestad de modificación o <i>ius variandi</i> | 156 |
| 2.4. Delimitación del concepto de modificado. | 161 |
| 2.4.1. Introducción. | 161 |
| 2.4.2. Casos que son modificados de obras. | 161 |
| 2.4.3. Casos que no son modificados de obras. | 169 |
| 2.4.4. Las obras accesorias o complementarias. | 189 |
| a) Introducción. | 189 |
| b) La perspectiva del Consejo de Estado. | 195 |
| c) La perspectiva jurisprudencial. | 199 |
| 3. Los límites de la modificación: la resolución. | 209 |
| 3.1. Introducción. | 209 |
| 3.2. El límite del 20%. | 210 |
| 3.3. Resolución por retraso tras solicitud de modificado, por error o defecto en el proyecto. | 243 |
| 3.4. Deber de indemnizar al contratista. | 254 |
| 3.5. Otros supuestos. | 257 |
| 3.6. La regulación tras la Ley de Economía Sostenible. | 264 |
| 3.7. Cálculo del I.V.A. | 271 |
| 4. Modalidades de modificación. | 274 |
| 4.1. Artículo 106. Modificaciones previstas en la documentación que rige la Licitación. | 274 |
| 4.2. Modificaciones no previstas en la documentación de la licitación del contrato. | 278 |
| 4.2.1. Introducción. | 278 |
| 4.2.2. Letras a), b) y c). | 282 |

| | |
|--|-----|
| * Yacimientos arqueológicos..... | 284 |
| * Imprevistos técnicos..... | 286 |
| * Estudios geotécnicos..... | 289 |
| 4.2.3. Letra c)..... | 309 |
| 4.2.4. Letra d)..... | 310 |
| 4.2.5. Letra e)..... | 310 |
| 4.2.6. El límite de las condiciones esenciales | 324 |
| a) Introducción..... | 324 |
| b) Letra b) del apartado 3º del Art.107. | 326 |
| c) Letra c) del apartado 3º del Art.107..... | 326 |
| d) Letra d) del apartado 3º del Art.107. | 327 |
| e) Letra f) del apartado 3 º del Art.107. | 330 |
| f) Supuestos. | 330 |
| 5. Procedimiento..... | 344 |
| 5.1. Introducción..... | 344 |
| 5.2. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (antiguo Art.92 ter)..... | 348 |
| 5.3. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (antiguoArt.92 ter)..... | 351 |
| 5.4. Procedimiento para la modificación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública. | 354 |
| 5.5. La importancia del trámite de audiencia..... | 356 |
| 5.6. Silencio administrativo y procedimiento..... | 357 |
| 6. La irregularidad del reformado anticipado..... | 359 |
| 6.1. Dictámenes del Consejo de Estado..... | 359 |
| 6.2. Otros informes..... | 373 |
| 6.3. La cuestión del enriquecimiento injusto en la jurisprudencia..... | 375 |
| 6.3.1. Introducción..... | 375 |
| 6.3.2. Fundamento..... | 376 |
| 6.3.3. Casos donde se reconoce derecho a indemnización al contratista..... | 392 |
| 6.3.4. Casos donde no se reconoce derecho a indemnización al contratista..... | 432 |
| 6.3.5. El pago de los intereses..... | 451 |
| 6.3.6. El problema de la prescripción de la acción..... | 455 |
| 7. El Art. 234 del T.R.L.C.S.P. | 472 |
| 7.1. Introducción..... | 472 |
| 7.2. Concepto de unidad de obra..... | 473 |
| 7.3. Precedentes..... | 475 |
| 7.4. La cuestión de los precios (el Art. 234.2 T.R.L.C.S.P.)..... | 502 |
| 7.4.1. La aplicación en la legislación anterior..... | 502 |

| | |
|---|------------|
| 7.4.2. Sobre el nuevo precepto. | 521 |
| 7.5. Modificación del proyecto a instancias del Director Facultativo..... | 523 |
| 7.5.1. Introducción. | 523 |
| 7.5.2. El porcentaje del 10%. | 525 |
| a) Introducción. | 525 |
| b) La Cláusula 62 del Real Decreto 3854/1970. | 526 |
| c) Interpretación de la expresión “precio primitivo del contrato”..... | 531 |
| d) Otras cuestiones..... | 533 |
| 7.5.3. Vigencia y aplicación de la cláusula 50 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado..... | 545 |
| 7.6. Suspensión del contrato. | 548 |
| 7.6.1. Concepto de modificado frente a suspensión de la obra. | 548 |
| 7.6.2. Fases..... | 555 |
| 7.6.3. Derecho a indemnización por la suspensión. | 558 |
| 7.6.4. Casos relativos a la L.C.A.P. y al T.R.L.C.S.P. | 593 |
| 8. Solicitud de prórroga o paralización de la obra por el contratista como consecuencia del modificado. | 626 |
| 9. Contrato de concesión de obra pública..... | 632 |
| 9.1. Introducción..... | 632 |
| 9.2. La discusión sobre si hay o no modificación. | 635 |
| 9.3. La Cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973 de 25 de Enero y el derecho a indemnización. | 639 |
| 9.4. El caso Aucosta. | 647 |
| 9.5. El Dictamen sobre el Puerto de Laredo. | 670 |
| 10. Obras a tanto alzado y Obras con precio cerrado. | 683 |
| 11. Revisión de precios y modificado. | 698 |
| V.- CONTROLES DE EFICACIA Y EFICIENCIA. | 713 |
| 1. Introducción. | 713 |
| 2. El excesivo peso de las desviaciones presupuestarias en el marco español (1986-¿?)..... | 718 |
| 3. Derecho comparado en algunos países..... | 734 |
| 3.1. Francia. | 734 |
| 3.2. Reino Unido..... | 735 |
| 3.3. Alemania..... | 735 |
| 3.4. Suecia. | 736 |
| 3.5. Italia..... | 736 |

| | |
|---|------------|
| 3.6. El reciente caso de la ampliación del Canal de Panamá. | 736 |
| 3.6.1. Introducción. | 736 |
| 3.6.2. Supuesto de hecho y puesta al día del conflicto. | 741 |
| 3.6.3. La propiedad. | 745 |
| 3.6.4. Objeto del concurso. | 746 |
| 3.6.5. Medios excepcionales de solución de conflictos. | 750 |
| 3.6.6. El Canal de Panamá y su régimen jurídico. | 755 |
| 4. Instituciones de control externo del sector público en Europa. | 759 |
| 4.1. Introducción. | 759 |
| 4.2. Alemania. | 760 |
| 4.3. Austria. | 761 |
| 4.4. España. | 761 |
| 4.5. Francia. | 763 |
| 4.6. Irlanda. | 764 |
| 4.7. Países Bajos. | 765 |
| 4.8. Polonia. | 766 |
| 4.9. Portugal. | 767 |
| 4.10. Reino Unido. | 767 |
| 4.11. Rusia. | 768 |
| 4.12. Suiza. | 768 |
| 5. Los Tribunales de Cuentas de España y U.E. | 769 |
| 5.1. Tribunal de Cuentas de España. | 769 |
| 5.2. Tribunal de Cuentas Europeo. | 772 |
| VI.- ALGUNAS CONCLUSIONES. | 787 |
| VII.- TABLAS DE EQUIVALENCIAS (MODIFICADOS DE OBRA) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011 DE 14 DE NOVIEMBRE. | 791 |
| VIII.- BIBLIOGRAFÍA. | 793 |
| IX.- INDICE DE ABREVIATURAS. | 801 |

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

0.- RESUMEN.-

EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Cada vez más, a la opinión pública le llama poderosamente la atención el fenómeno consistente en que casi todo lo que construye la Administración Pública, experimenta un incremento de precio insospechado a la finalización de las obras.

Han contribuido a sensibilizar a la misma de manera decisiva, la denuncia de los medios de comunicación, así como el sistema judicial, especialmente tenaz con algunos comportamientos corruptos generadores de alarma social en esta época de tribulaciones económicas por las que atravesamos.

Desgraciadamente, es un fenómeno amplísimo como consecuencia de una ascendente crisis de valores, donde personas que desempeñan funciones públicas o privadas, violan sus propios deberes, bien por amistad o por dinero, obteniendo ventajas ilícitas para sí mismos o bien para terceros, ocasionando con su comportamiento, un grave deterioro tanto a la colectividad como al funcionamiento de las instituciones.

Manifiesta E. Cazzola en su obra: “La corruzione politica in Italia” (1998), que cuatro elementos contribuyen a esta situación: 1) La violación de normas o reglas normadas. 2) El intercambio clandestino entre los agentes políticos y el sistema económico. 3) La apropiación de recursos de uso o de intercambio provenientes de las instituciones destinados a un fin ilegal. 4) El resultado deseado de modificar de hecho, las decisiones atribuidas a los poderes públicos.

Igualmente, merece la pena recordar las significativas palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, J. en su artículo: “ LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS “ (ABC 15.8.1996, pag.34) en relación a este problema: ”Cuando llueven sobre las Administraciones Públicas condenas de resarcimiento derivadas de las gravísimas negligencias o de la soberbia y prepotencia de sus más altos rectores, cuando se acumulan los agujeros dejados en los caudales públicos por administradores corruptos, es necesario potenciar al máximo los procedimientos para hacer efectivas las responsabilidades patrimoniales cualquiera que sea el rango de los culpables.....Sólo así el ciudadano medio volverá a tener confianza en la Justicia.

Cuando viera que, ante la pasividad de los políticos para exigir responsabilidades a sus antecesores en la detentación del poder, existía en el Estado una institución que velaba de verdad por la legalidad, el derecho de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley.....

Debe tenerse en cuenta, que la Contratación Pública tiene una gran importancia, cualitativa y cuantitativamente, tanto en la vida económica española como a nivel mundial.

Las obras civiles de carácter público resultan en la mayoría de los casos extraordinariamente rentables, aunque este hecho, no se encuentre totalmente asumido por la sociedad.

Paradójicamente, parece que esa “rentabilidad” sólo es percibida muy anticipadamente por algunos sectores privilegiados, que son los que articulan los medios necesarios para efectuar en numerosas ocasiones un entramado de apropiaciones prioritarias, que nos conducen a tribulaciones económicas de carácter endémico.

El Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro de la Comisión, mediante comunicación del 27.11.1.996, afirmó que “una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos: generar crecimiento sostenido a largo plazo, crear empleo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades ofrecidas por el mayor mercado integrado del mundo y afrontar eficazmente la competitividad en los mercados globales y permitir que el contribuyente y los usuarios, obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor coste”.

En otra versión más reciente (27.01.2.011), la Comisión Europea ha continuado con **el segundo Libro Verde, basado en que en épocas de presupuestos reducidos, dificultades económicas y otras tribulaciones en casi todos los Estados Miembros, la política de contratación pública debe garantizar un uso eficaz de los fondos públicos con vistas a reforzar el crecimiento y la creación de empleo, requiriendo instrumentos flexibles, rápidos y fáciles de utilizar, que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos por las autoridades europeas y sus proveedores.**

La Comisión Europea plantea cuestiones tales como:

- ¿Necesitamos normas más rigurosas o mejores salvaguardias para prevenir el favoritismo, la corrupción o los conflictos de intereses?
- ¿Cómo puede garantizarse una competencia eficaz en los mercados de contratación pública?
- Por ejemplo, ¿cómo podría prevenirse la aparición de proveedores en posición dominante. La manipulación de licitaciones o el reparto del mercado entre los licitadores?

Es sabido que unas condiciones de competencia deficientes, conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios, y por tanto, para los ciudadanos.

El mismo texto se plantea en su apartado 2.5.: “Si las normas de la U.E. deberían proporcionar instrumentos específicos que permitan a los poderes adjudicadores tratar más eficazmente estos problemas”.

Sin embargo, y a pesar de estos buenos propósitos, las obras del sector público, se ven afectadas también en la actualidad por un mal que parece inevitable: los presupuestos se ven superados muy ampliamente por el precio final, hasta el punto, que podría continuar el peligro de aumentar: suspensiones y paralizaciones de obras.

! ¿QUÉ SUCEDE? ;

- ¿Los ingenieros desconocen como elaborar presupuestos?
- ¿Los contratistas han olvidado cómo se construye una obra?
- ¿Existen demasiados intereses económico-políticos?
- ¿Surge a menudo una mala praxis en los intervinientes?
- ¿Es que la corrupción se ha vuelto endémica?

Sobre todo lo anterior, y cuando en ocasiones tengo la fortuna de admirar EL ACUEDUCTO ROMANO EN SEGOVIA, siempre me han asaltado las mismas preguntas:

- ¿Costaría más de lo que se presupuestó?
- ¿Se apropiaría alguien del dinero engañando a la lejana Roma?
- ¿Cuánto dinero ha producido en sus 2.000 años de existencia.
- ¿Cuánto dinero produce en la actualidad como obra de arte histórica?

En las siguientes páginas procuraremos dar el mayor grado de respuesta posible.

0.-Bis ABSTRACT.-

THE MODIFICATION OF PUBLIC WORKS PROJECTS

Summary:

More and more, public attention is caught by the compelling phenomenon that almost every Public Administration building project, experiences an unexpected increase in price when the works is completed.

They have helped in raising public awareness so that this situation has been strongly denounced in the media and resulted in the judicial system being especially tough with some types of corrupt behaviour. Creating social alarm in this time of economic hardship which we are going through.

Unfortunately, it is a widespread phenomenon resulting from a crisis of values, where people performing public or private duties, compromise their own functions, either through friendship or for money, obtaining illegal advantages for themselves or for others, and this behaviour leads to serious impairment of both the community and the functioning of institutions.

E. Is Cazzola in his work: "Politics corruzione in Italia" (1998), says four elements contribute to this situation: 1) The violation of rules or norms. 2) The clandestine exchange between the political and economic system. 3) The appropriation of resources used or exchanged from institutions for unlawful purposes. 4) Desire to modify the facts concerning decisions attributed to the authorities.

Also, it is worth remembering the significant words of GONZALEZ PEREZ, J. in his article: "THE WEALTH LIABILITY OF PUBLIC SERVANTS" (ABC 15.8.1996, p.34) regarding this issue: "When it rains on the Administrations public, there is a plethora of cases for compensation arising from the serious negligence or the abuse of power of the highest governing bodies or individuals. When the holes left in public funds by corrupt administrators accumulate, it is necessary to come down heavily on those responsible no matter the position of the guilty ones..... Only then will the average citizen have confidence in justice. When they see that confronted with the passiveness of politicians to root out the guilty among their predecessors who are holding on to power there still exists in the State an institution that safeguards legality, the rights of citizens and public interest protected by law"

It's important to realize that Public Works are very important qualitatively and quantitatively both in Spanish public life and at world level.

Public works are in most cases extremely profitable, although this fact is not fully understood by society.

Paradoxically, it seems that "profitability" is only seen beforehand by some privileged sectors who can set up a network and use it many many times to misappropriate funds illegally, which lead to economic woes we see nowadays.

THE GREEN BOOK FROM THE EUROPEAN UNION: EXPLORING THE FUTURE OF THE COMMISSION BY COMMUNICATION Publisher 27.11.1996, SAYS "AN EFFECTIVE PUBLIC WORKS POLICY IS THE KEY TO REACHING YOUR GOALS IN THE MARKET: CREATE SUSTAINABLE GROWTH, LONG TERM JOBS, BUSINESS DEVELOPMENT FAVOURABLE TO EXPLOITING THE POSSIBILITIES OFFERED BY THE LARGEST INTEGRATED MARKET AND EFFECTIVELY DEAL WITH WORLD COMPETITIVENESS IN GLOBAL MARKETS AND ALLOW THE TAXPAYER AND USERS TO GET BETTER SERVICE AT A LOWER COST ".

In another more recent version (27.01.2.011), the European Commission has produced a **SECOND GREEN PAPER BASED ON PERIODS OF REDUCED BUDGETS AND FINANCIAL DIFFICULTIES IN MEMBER STATES, THE POLICY, MUST ENSURE EFFICIENT USE OF PUBLIC FUNDS WITH A VIEW TO STRENGTHENING GROWTH AND JOB CREATION. IT REQUIRES INSTRUMENTS WHICH ARE FLEXIBLE, QUICK AND EASY TO USE AND CONTRACTS AWARDED ARE TRANSPARENT AND COMPETITIVE BOTH FOR EUROPEAN OFFICIALS AND THEIR CLIENTS.**

The European Commission raises questions such as:

- Do we need stricter rules or better safeguards to prevent favouritism, corruption or conflicts of interest?
- How can you ensure efficient competition in labour markets?
- For example, how can you prevent the emergence of suppliers dominating the market or bid rigging or market sharing among the bidders?

It is known that poor levels of competition, carry a greater financial burden for public sector entities that hire out goods and services, and therefore, for the taxpayer.

The following text can be found in paragraph 2.5.: "If the EU rules should provide specific tools to enable the contracting authorities to address these problems more effectively."

However, despite these good intentions, the public sector works are also affected at present by a problem that seems inevitable: budgets are stretched and are higher than expected to the point, where further continued increases may lead to the risk of: suspensions and stoppages.

WHAT THEN?

- Do the engineers know how to budget?
- Have contractors forgotten how a Work Project is done?
- Are there too many economic and political interests?
- Are there often cases of malpractice?
- Is corruption endemic?

In spite of this, sometimes when I admire something like the ROMAN AQUEDUCT IN SEGOVIA, the same questions always bugs me:

- Would it cost more than what was budgeted?
- Does anyone take money knowing that Rome was very far away?
- How much money has it made in its 2,000 years of existence?
- How much money is it currently producing as a historical work of art?

In the following pages we will try to give the best possible answers.

I.- INTRODUCCIÓN.

Permítaseme en una tarde de estío más proclive al descanso bajo la brisa del mar, donde se podría fácilmente procrear la nada mediante el girar de la misma en el interior del pensamiento, que por ejemplo, cometer la osadía o temeridad de reflejar en unos folios algunas conclusiones practico-jurídicas preñadas en los atardeceres de una trayectoria profesional.

Hace algún tiempo leí algo del autor: Paulo Coelho, que venía a decir algo así: “Como en la vida... En todo hay que ir cerrando círculos.....”

Creo que dicha expresión es tan certera para tantas cosas que ello me animó, repito, al final mi trayectoria profesional, a contribuir con algo escrito que dentro de su inmensa modestia, pueda permitir a alguien obtener algún pequeño provecho del mismo, si es que lo hubiere.

La madurez es buena y mala... igual que la experiencia, expresión que según O. Wilde en su obra: **Lady Windermere's Fan, Act III**, cada cual identifica con sus propios errores... Por ello, expresamente quise esperar el tiempo necesario hasta vísperas de la “próxima pausa biológica del pensamiento”, para ofrecer esta aportación procedente de mis cortos conocimientos sobre un tema tan controvertido y sangrante para una economía como puedan ser: “Los Modificados de obra en los Contratos Administrativos”, ello, por el torrente dinero que encierra; además de las deficiencias técnico-administrativas cometidas, y que parecen convertirse en algo habitual y picaresco en el mundo de las Licitaciones Públicas.

Es por lo que cabe detenerse a recapacitar que en cualquier parte, las nuevas infraestructuras, su conservación, así como el resto de servicios públicos, necesariamente deberían trascender además de una mera acción administrativa, hasta convertirse en un activo generador de riqueza, destinado a una sociedad que sepa apreciarlo, valorarlo, conservarlo y defenderlo, a través de criterios de desarrollo sostenible. Por ello, la investigación sobre su rentabilidad y ausencias de control, suponen premisas ineludibles para lograr la inserción de los servicios públicos sobre el territorio, primero, y después, sobre las conciencias de la Administración y Administrado.

Porque suele ser habitual en los contratos administrativos¹, generar de forma auténtica en algunos casos e injustificada en su gran mayoría, modificaciones en fase de

¹ Sobre la contratación pública puede verse PALOMAR OLMEDA, A: “El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº. 105, 2011, pp. 41-65 (Recuérdese que establece el Art. 40.2 T.R.L.C.S.P “...no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”); “Invalidéz y revisión de los contratos del Sector Público. Análisis del recurso especial en materia de contratación”, *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, 2009, pp. 97-159; “La problemática del ámbito de aplicación de la ley de contratos de las administraciones públicas”, *Cuadernos*

ejecución de los trabajos, encubriéndose de esta forma principios como los de: publicidad; libre concurrencia y licitación, que algún sector de la doctrina ha calificado como de “reformado anticipado”, por haberse introducido modificaciones en la obra o servicio, sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legal establecido. Se trata de un mal, tanto del pasado² como del presente³.

de derecho judicial, nº. 8, 1997 (Ejemplar dedicado a: Contratación administrativa, II / José Luis Gil Ibáñez (dir.), pp. 13-74; “*El nuevo marco de la contratación pública*”, (dir.) Bosch, 2012.

² Del pasado se pueden sacar los siguientes ejemplos: 1º) El Plan Badajoz (1952-1965), es uno de los casos que podíamos calificar de “aclaratorios” o “comprensivos”, que constituye este título. En 1.952, el Gobierno de Franco aprobó un complejo y ambicioso proyecto destinado a transformar 135.000 Has. en regadío, que perseguía entre otros objetivos un plan social destinado a dar empleo a muchas familias que carecían de trabajo. Para su ejecución, era necesario realizar importantes obras: grandes presas, muchos km. de canales, creación de nuevos pueblos con electrificación, abastecimiento de aguas y explanación de terrenos. Las obras se repartieron en lotes para ser construidas a través de múltiples concursos que se fueron ejecutando a lo largo de los años. Vamos a detenernos en el caso del concurso de la explanación de los terrenos, cuyos proyectos fueron concebidos para ser construidos “a mano”, dado que el tipo de terreno era blando y sumamente ondulado, y sobre todo, porque en aquel entonces no existían en España máquinas explanadoras, las cuales, comenzaban a fabricarse tímidamente en EEUU. Había que “aterrazarlos”, para posteriormente realizar plantaciones de regadíos a través de acequias, estableciéndose un precio por metro cúbico removido, pagándose los Sábados, para que a su vez, el contratista pudiera pagar la mano de obra. Lo que viene a continuación es auténticamente veraz, contrastado en sus círculos más cercanos, y no se trata de un cuento de hadas. Con ello, se pretende exponer un hecho relativamente frecuente respecto a lo que pueda ocurrir si el Proyectista carece de los datos para establecer el Presupuesto, y quizás el Contratista tampoco disponga de los mismos. Veremos, cómo las huelgas y la meteorología son dos factores entre otros, que en ocasiones no tienen nada que ver con la técnica y que terminan afectando al presupuesto. Un ingeniero de las empresas adjudicatarias, aburrido del mismo tipo de obras, puso en antecedentes a su constructora, que se empezaban a producir en el mundo máquinas explanadoras que facilitarían un trabajo más rápido y sobre todo más rentable, ya que el contratista podría facturar el metro cúbico calculado para hacerlo a mano, y en vez de ello, realizarlo con máquina, que conllevaría unos márgenes de beneficio extraordinariamente superiores. Su empresa no le prestó demasiada atención, dado que se encontraba satisfecha con el procedimiento manual y sus beneficios, y además no querían eventuales complicaciones. El Ingeniero decidió entonces abandonar la empresa, creando la suya propia, sobre la base de adquirir tres máquinas explanadoras en los mismísimos EEUU. Consiguió de la Administración la adjudicación de unos lotes con todas sus obligaciones contractuales y asumió la adquisición en cuestión. Comentó que le temblaba todo el cuerpo mientras firmaba la montaña de letras que le pusieron por delante, aunque el compromiso de pago comenzaba cuando las máquinas estuvieran en puerto español. Y a partir de la firma de las letras, empezaron a surgir cosas imprevistas: las explanadoras tenían que salir por barco desde un puerto situado en los Grandes Lagos, pero se declaró entre los estibadores una huelga salvaje que paralizaron las actividades portuarias durante tres meses, permaneciendo las máquinas embarcadas sin poder moverse. Al iniciarse la huelga y advertir que podría durar mucho tiempo, el Ingeniero pensó que sus días como contratista habían acabado antes de empezar.Pero ocurrió otro imprevisto : en las mismas fechas comenzó a diluviar en Badajoz durante dos o tres meses como si se tratara de Santiago de Compostela, volviéndose los campos impracticables, con lo que la Administración no tuvo más remedio que reconocer la suspensión de las obras a la vista que ni manualmente ni con máquinas se podía trabajar. Milagrosamente, lluvia y huelga finalizaron casi al unísono. Al Ingeniero le adjudicaron sucesivamente muchos más lotes, y las máquinas trabajaron hasta agotar su vida útil. Para entonces el Ingeniero era millonario y todavía hoy lo es, reconociendo, que al final no sabía si deshacerse de las máquinas como chatarra o hacerles un monumento. ¡Ah!, hubo algunas empresas que volaron en el primer avión que despegó con destino a EEUU; 2º) El caso de la presa de Santillana en Madrid. En 1971, se decidió el recrecimiento de dicha Presa que llevaba cien años funcionando, abasteciendo a Madrid de agua potable. Se atravesaba entonces por un angustioso periodo de sequía que comprometía seriamente el abastecimiento de agua a la población. El proyectista propuso a la Administración una solución de presa de materiales sueltos, muy rápida de construir y que se situaría sobre la antigua presa; absorbiéndola, ahorrando de esta forma un volumen considerable de materiales. Además, y esto era importante, permitiría seguir ofreciendo servicio ininterrumpido durante su

construcción estimada en 12 meses. Únicamente se estableció una condición por motivos de seguridad consistente que: en el momento de la construcción, la lámina de agua del embalse debería situarse por debajo de determinada cota. No pareció ello un gran exigencia, ya que el embalse llevaba muchos años por debajo de la cota establecida. Tal hecho se aprobó y fue reflejado en el Pliego de Condiciones de la Obra. Pero una vez concursada y adjudicada la misma, el embalse se encontraba debido a unas tormentas, por encima de la dichosa cota previa. La Administración, observando que subsistía la necesidad de agua para Madrid, se negó a evacuar el agua del embalse al río a fin de bajar de nuevo la cota. La solución ante esta nueva situación, fue la de corregir el inicial Proyecto, trasladando la Presa nueva, aguas abajo, dejando la presa antigua totalmente exenta de agua. Con la nueva Presa construida aguas abajo, se aumentó considerablemente su volumen, pero también su precio: alrededor del 50%. Evidentemente, se trata de un caso en que ni el Proyectista ni el Contratista tuvieron culpa en el incremento del precio. Tampoco la Administración, que intentó ahorrar todo lo posible, pero adoptó una decisión que hoy se denominaría: políticamente correcta o bien de estrategia, a mi juicio acertada, dadas las situaciones que podrían haberse suscitado por la carencia de agua en la capital de España; 3º) El Trasvase Tajo-Segura. Se trataba de una obra lineal superior a 200 km para llevar agua del río Tajo a la zona de regadíos de Murcia. Un muy alto porcentaje de los mismos, se construirían en canal de hormigón dado que el recorrido discurría por un terreno llano sin arcillas expansivas. El último tramo, lo constituiría un túnel de 30 km. endiabladamente difícil de construir, tanto por su longitud como por las complicadas características del terreno. A la vista de lo considerable del presupuesto y de los años a emplear en su construcción, la Administración decidió licitar y adjudicar los llamados tramos “fáciles”, que en su conjunto suponían más de la mitad del presupuesto total de trasvase. Cuando las obras de dichos tramos se encontraban casi finalizadas, sólo entonces se licitó y adjudicó la obra del Túnel. Y ocurrió lo que se temía: el terreno cambiaba constantemente dificultando el ritmo de las obras. Una máquina tuneladora que se pretendió bajar por un pozo de muchos metros y situarla en el centro del túnel, se atascó en el pozo, y no hubo forma de subirla o bajarla. Allí se quedó y se tuvieron que buscar otras soluciones. El presupuesto aumentó estrepitosamente, y según el “Diario Ya” del 16.10.1.977, páginas 4,5 y 7, podría ascender a más de 40.000 millones de ptas., cifra reducida, pensando que el coste del Túnel de Talavé (Melgarejo Moreno, Joaquín y López Ortiz, María Inmaculada – (2009)-Historia del Trasvase Tajo-Segura- Páginas 70,71 y 77), se cree ascendió a 5.271,78 millones de ptas. También, cifra poco realista en opinión del doctorando. Como las inversiones realizadas en los primeros tramos eran cuantiosas, sólo pensar que aquellos cientos de km., perfectamente visibles a todos los ojos, se quedarían expuestos al sol y abandonados, ponían los pelos de punta a más de uno. Ello, resultaba del todo políticamente inaceptable, de modo que hubo que hacerlo, y mejor no saber su coste final. Mejor en este caso, aceptar “lo menos malo”, ya que en términos de empleo, en 2.012, el sector agrícola de la zona generó 58.632 empleos directos, lo que supuso el 38,8% del empleo del sector agrario en Alicante, Murcia y Almería, y 15.000 empleos adicionales de forma indirecta e inducida (Impacto Económico del Trasvase Tajo-Segura. Pricewaterhouse&Coopers, Asesores de Negocio, S.L. Madrid 23.4.13 – página 2.). Continuando con “lo menos malo”, en lo que hay que insistir es que el Trasvase lleva muchos años funcionando y ha resultado altamente rentable tanto económica, como social y políticamente a pesar de todos los avatares. Quede claro que este es un caso que no debería haber ocurrido nunca. Las preguntas que podían haberse efectuado entonces, siguen resultando válidas décadas después: ¿Hizo bien la Administración en construir primero los tramos fáciles? Y sobre todo, ¿Hubo espurias intenciones políticas para que se construyese, pasase lo que pasase? Probablemente todavía existan personas que conozcan las respuestas a estas preguntas. 4º) El caso del primer túnel de Guadarrama en Madrid. Este Túnel fue el primero que se concursó en régimen de peaje en España. Tenía 3.5 km y una carretera con doble sentido. El sistema de concurso consistió en que la Administración presentaba un Anteproyecto sobre el que las empresas concursantes tenían que elaborar su propio Proyecto. La empresa adjudicataria-concesionaria resultaba de su oferta sobre el peaje a cobrar a los usuarios y del número de años de la concesión, pero en este caso, no tenía ninguna influencia en la valoración final, el presupuesto de las obras era a “riesgo y ventura” de la empresa concesionaria. La concesionaria resultante encargó el Proyecto Ejecutivo a una prestigiosa constructora que, naturalmente, procuró afinar al máximo en dicho proyecto para no encontrarse con posteriores sorpresas. A tal fin, se llevaron a cabo profundos estudios geológicos de la montaña, incluyéndose numerosos sondeos verticales muy costosos de realizar. La constructora inició las obras atacando el túnel por las dos bocas, como era lo correcto, pudiéndose adelantar muchos cientos de metros, pero en un momento determinado de los trabajos, se perforó un “blandón” (cápsula de terreno fangoso que fluye casi como si se tratara de un líquido), llenándose el túnel en muchos cientos de metros de dicho

fango. ¿Mala suerte? Los sondeos realizados no habían perforado esta cápsula aparentemente imprevisible. La limpieza del Túnel y la extracción del fango, hicieron que los costes subieran considerablemente. Dado que los trabajos se habían adjudicado a “riesgo y ventura” de la concesionaria, con la Administración exonerada, aquella junto con la constructora y con la anuencia del Estado, acordaron nuevas condiciones entre ellas, y por supuesto, quedando al margen el Estado. Se trató de un caso inevitable de aumento de precios por causas técnicas aparentemente imprevisibles, pero, repetimos con la exclusión de la Administración.

³ Se puede hacer referencia a ciertos casos significativos. La obtención de cifras oficiales procedente de organismos, resulta harto difícil, algo parecido a si tuviésemos un muro alto y grueso, infranqueable. Sólo puede entenderse esta postura opaca, por lo delicado que pudiera ser la trascendencia de las cifras. Consecuentemente, vamos a citar las siguientes fuentes: Juan José Ganuza³ analizó en 1998 los sobrecostes en las grandes obras públicas (más 500 millones de ptas.) llevadas a cabo por el Ministerio de Fomento y que finalizaron en 1994. - El 77% de las obras presentaba algún tipo de sobrecoste que de media suponía el 14% del precio de licitación de obra. Un análisis más profundo del autor, pudo comprobar que más de un tercio de las obras, osciló su sobrecoste entre el 19% y 20%. Ya sabemos que se encontraba fijado el máximo de un sobrecoste en un 20%, requiriendo en este caso la aprobación de la clasificación por el Consejo de Ministros. Es importante reseñar, el protagonismo adquirido por los proyectos complementarios, ya que su valor medio representaba el valor de la obra. Sumando ambos (complementario y modificado), resulta que el coste de las obras se incrementaba durante su construcción en un 21%. Este coste adicional resultaba algo mayor que la rebaja en el presupuesto de licitación que se producía por la competencia en el proceso de adjudicación, ya que la baja media era del 18%. Como puede observarse, son datos, ciertamente antiguos pero, que años más tarde y esta vez con un poco más de fortuna en la búsqueda de fuentes, se han podido comprobar su veracidad de génesis: 1.- EL PAIS – 27.08.11 – LAS OBRAS PÚBLICAS A SU PRECIO JUSTO. Luis Doncel. Declaraciones de la responsable de Infraestructuras del Gobierno (Ministerio de Fomento): D^a. Inmaculada Rodríguez-Piñero. El 98% de los contratos firmados por la Administración Central desde 1996, se han encarecido por los modificados, convirtiéndose en práctica habitual, o lo que es lo mismo, fiel reflejo de la Cultura sectorial española de presentarse a un contrato por una cantidad que desde el principio se considera reducida con la seguridad que durante el proceso, el presupuesto inicial irá creciendo a través de las modificaciones, llamadas “modificados”... Las patronales AERCO Y ANCI, defienden los modificados, achacándolos a deficiencias del proyecto... Igualmente declaró, que se busca un nuevo equilibrio entre aspectos técnicos y económicos, aludiendo el desequilibrio entre sus componentes, cifrando entre un 46% (Técnico) y un 51% (Económico). La representante del gobierno, reconocía implícitamente, la poca calidad que podrían albergar los proyectos técnicos, y que desde ahora procurarían valorarlos mas en atención y puntuación. 2.- EXPANSIÓN- 31.03.10 C.MORAN. En parecidos términos a lo anterior se manifiesta este Medio de Comunicación. 3.- CINCO DÍAS – 7.11.09- FEDERICO CASTAÑO. Alude al caso del Puerto de Gijón, al exigir el Partido Popular el traslado de expediente a la Fiscalía y a la Abogacía del Estado. En este expediente, el sobrecoste de la obra excede de los 250 Millones de €, casi un 50% más del presupuesto inicial. Igualmente, se recuerda casos como el soterramiento de la M-30 en Madrid o el nuevo Palacio de los Deportes, finalizados con un sobrecoste que excedió el 100% de la previsión inicial. 4.-LA NUEVA ESPAÑA –ASTURIAS M.CASTRO – 30.12.11. Este diario, probablemente, como consecuencia de fecha posterior, precisa y amplía mas los datos citados en nº 3. Alude, a la reclamación del contratista ante la Autoridad Portuaria por valor de 350 Millones de €, por la obra de la ampliación de El Musel. La obra que fue adjudicada en 499 millones de €, tendría un coste final aproximado de 1.059 Millones de € (sin IVA). Las discrepancias por el coste de la obra se encuentran relacionadas por dificultades técnicas provocadas por el material de canteras y relleno. Los responsables portuarios aprobaron inicialmente un Máximo de 216 Millones (43%) del Presupuesto inicial. Tras un duro informe de la Unión Europea que cuestionaba esa decisión de los responsables portuarios, éstos, redujeron el sobrecoste a 124 Millones de €. En el caso de que el contratista tuviese éxito en su reclamación, el aumento definitivo de la obra, con intereses legales y actualización de precios, sobrepasarían en un 85,97% respecto al presupuesto inicial de 499 Millones de €. 5.- NUEVA TRIBUNA.ES. 13.06.11. Idem anterior con respecto a nº2. 6.- NOTICIAS DE GUIPUZCOA.COM - JOSÉBA IMAZ-18.02.12. Un informe publicado por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (TVCP) sobre las cuentas de la Diputación en 2009, reprueba el incremento presupuestario registrado en varias obras de la red viaria Guipuzcoana. Se incluye aumentos entre el 32% y 53% de los costes inicialmente previstos. Los cambios determinados por el Tribunal de Cuentas, califican a estas variaciones de “significativas” y “Transgresoras” de las normas de contratación

Razón, por lo que el presente trabajo pretende a través del estudio de una casuística plural recogida en legislaciones pretéritas y vigentes, contribuir mínimamente a que reflexionemos sobre las génesis de las desviaciones presupuestarias y competencias falseadas, a través de la búsqueda de más y mejores opciones sobre el legado patrimonial que suponen las obras y servicios públicos. Es decir, aquel que se inicia sin más acto que una comunicación verbal del responsable de la ejecución del contrato, que con apariencia de autoridad, ordena al contratista que ejecute prestaciones no incluidas en el proyecto o Pliego de Prescripciones Técnicas, o que, hallándose incluidas, deban ejecutarse en forma y/o tiempo distinto al que se pactó en el contrato⁴.

Figuradamente, intentamos buscar respuesta que podríamos encontrar en el siguiente símil: Modificado = “proceso de crisálida”, donde un Concurso o Licitación, con independencia de su origen, evoluciona hasta convertirse en algo distinto a la que inicialmente se pergeñó.

Los procedimientos de licitación pública, supuestamente transparentes, que se exigen en la legislación comunitaria, y por ende la nuestra; significan en síntesis: más

administrativas en los trabajos de construcción administrativa, en los trabajos de construcción de la Autovía del Urumea y de la AP-1 (Eibar-Vitoria), adjudicados, bien directamente por la Diputación, bien por la Sociedad pública Bidegi, entidad que gestiona las autopistas del territorio. 7.- EL ECONOMISTA.ES RAFAEL DANIEL 25.06.12. 7.1. Cortes de Castilla y León. En 2007, se inauguró el nuevo edificio-sede. Su presupuesto inicial ascendió de 37 a 50 Millones de €. A los 4 años de ponerse en marcha, hubo que cambiar parcialmente el sistema de climatización con un coste superior a los 200.000 €. 8.-EL ECONOMISTA.ES- 22.6.12. 8.1. Ciudad de la Cultura de Santiago de Compostela. Se inauguró en el año 2011, ascendiendo su coste a casi 400 Millones de €, aspirando el centro de convertirse en el referente cultural de la Autonomía. El periodo de ejecución fue de 10 años, cuadruplicándose su coste inicial presupuestado. 8.2. Museo de las Palabras de Vigo. Se inauguró en 2003, y su coste fue de 12 Millones de €. La Comisión Europea llegó a solicitar información a las autoridades españolas sobre la posible desviación de fondos comunitarios en este proyecto. 9.- EL ECONOMISTA.ES – 11.7.12. 9.1. Las Setas (Sevilla). Tenía por objeto la recuperación de la plaza de la Encarnación, a través de la construcción de un nuevo mercado municipal. El coste final del Proyecto ascendió a 102 Millones €, desde los 54 iniciales debido a dos modificados de obra, sobresaliendo el cambio de material que recubre las estructuras que cubren la plaza, pasando de metal a madera. El coste incluye una indemnización a los responsables del primer proyecto que fue paralizado en 2005, y posteriormente readjudicado. 9.2. Línea 9 del Metro de Barcelona. Cuenta actualmente con 8 de las 52 estaciones que están proyectadas. Se trata de la inversión más cuantiosa realizada en Cataluña. Aunque inicialmente se proyectó como una inversión de 2.600 Millones €, posteriormente se elevó presupuestariamente hasta los 16.000 Millones €. La falta de financiación ha dejado paralizado el proyecto. 10.- EL ECONOMISTA.ES – JAVIER ALFONSO 22.6.12. 10.1. Ciudad de la Luz (Alicante). La Comisión Europea ha obligado a devolver los 265 Millones € que la Generalitat entregó a la empresa pública para levantar unos estudios cinematográficos. 11. EL MUNDO.ES – Andalucía – 06.09.12 (Europa Press). 11.1 Operación Dársena (Puerto de Málaga). El anterior Jefe de Infraestructuras del Puerto de Málaga, fue detenido por la Policía Nacional, relacionado al parecer, con su despido en Enero de 2011, por supuestas irregularidades en la contratación de obras. Y es que un motivo de colisión, hace tres años de un barco contra el “atracadero Sur” de cruceros, dañando gravemente la estructura del muelle, que había sido inaugurada unos dos meses antes. Al inspeccionar el estado de la infraestructura para determinar los daños causados, se comprobó que se habían ejecutado unas obras que no se correspondían con el proyecto contratado y abonado a la empresa constructora.

⁴ Ver, MOREO MARROIG, T: “Los modificados de los Contratos Públicos en España. ¿Crónicas de una muerte anunciada? La Razón del Derecho”. *Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, nº 2- Año 2011

competencia, mayores salvaguardias contra la corrupción, y una mejora del servicio y rentabilidad para el contribuyente.

Sin embargo, en numerosas ocasiones asistimos a actuaciones afines al de colusión de empresas oferentes en la licitación pública, es decir, actuaciones cercanas a la manipulación frecuentemente de ofertas⁵, conocido internacionalmente como: “Diel Rigging”. Según la Comisión Nacional de la Competencia⁶, tomando como base a otras autoridades de Competencia y a la O.C.D.E, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión, pueden incrementarse en un 20%.

Para que tengamos un ejemplo de la importancia y magnitud de las obras y servicios públicos licitados por las diferentes Administraciones españolas, sirva el siguiente cuadro resumen⁷, que nos ilustrará cómo un instrumento de política económica, puede mostrarnos como en tiempos de bonanza y en forma importante, contribuiría, a la lucha contra el desempleo, aunque en estos momentos, al ser de carácter decreciente sus efectos resulten lo contrario:

| AÑO | ADMINISTRACION CENTRAL | ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA | ADMINISTRACIÓN LOCAL |
|------|------------------------|---------------------------|----------------------|
| 2007 | 11.249.175.000 € | 20.283.979.000 € | 4.835.866.000 € |
| 2008 | 10.072.685.000 € | 22.465.701.000 € | 7.376.498.000 € |
| 2009 | 8.387.266.000 € | 28.226.161.000 € | 8.670.791.000 € |
| 2010 | 4.582.117.000 € | 24.117.873.000 € | 12.920.869.000 € |

Obsérvese en el cuadro anterior, en relación a nuestro déficit presupuestario, los distintos órdenes ascendentes y descendentes de las distintas A.A.P.P.

Por ello, compruébese como a través de la contratación pública, se lleva a cabo una determinada política intervencionista en el contexto económico-socio-político de cualquier país, convirtiéndola en ámbito de actividad, orientadora de los diversos agentes económicos que participan.

También y como dato complementario y de envergadura, según se desprende de los datos publicados por la Comisión Europea en 2008, se calcula que la contratación pública en la U.E. representa el 17,23 % del P.I.B de la Unión⁸, es decir unos 2.155 billones de €. En lo que respecta al P.I.B. español, y en el mismo año, se situaba en el 14,9%.

Es obvio, el problema planteado es universal, como lo demuestra el reciente caso del Canal de Panamá. Por su interés internacional, la presencia de una empresa española y

⁵ Un interesante análisis de otros graves problemas que presenta la contratación pública pueden examinarse en SORIANO GARCÍA, J.E: “Contratos de obras públicas: Ofertas temerarias. Efecto directo de las Directivas frente a la Administración”, *Noticias de la Unión Europea*, 1990, nº 64, pp. 119-124 y “*Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*”, Iustel, 2006.

⁶ Ver, Comisión Nacional de la Competencia. Guía sobre contratación pública y competencia. Pág.39

⁷ Ver, Memoria Registro Público de Contratos-Ministerio de Economía y Hacienda-Año 2011.

⁸ Ver, Documento de trabajo de la Comisión Europea: Measurement of Indicators for the Economic Impact of Public Procurement Policy. Public Procurement Indicators 2008, de 27.04.10.

su identificación con el objeto de la Tesis, vamos a anticipar brevemente algunas consideraciones, comenzando por una ligera reseña ancestral señalando que en sus primeros pasos, el Canal de Panamá se financió con “presupuestos secretos”, probablemente provenientes en su mayor parte de los EE.UU. Animados por el éxito del Canal de Suez, se concibió el de Panamá, ya que el ahorro que se produciría sería igualmente gigantesco al no tener los barcos que contornear el inmenso subcontinente sudamericano. No vamos a referirnos a las dificultades técnicas de entonces, pero si vamos a citar otro “tipo de imprevisto” que se tuvo que afrontar: las enfermedades. El calor y la humedad constante, además de los mosquitos, produjeron tal mortandad entre los trabajadores que, finalmente, rindieron a los contratistas. No existían recursos económicos ni medios para atajar a este enemigo implacable, pero afortunadamente para los panameños, surgieron los EE.UU. que se encontraban con que tenían dos costas oceánicas que defender en un momento muy convulso de las relaciones internacionales y la tentación de poder situar a sus barcos de guerra en uno u otro océano era irresistible. Así que obtuvieron la concesión del uso y explotación del Canal por muchos años, pudiéndose de esta forma finalizar las obras que habían sido suspendidas. Por ello, manifestábamos al principio que a veces en las Grandes Obras Públicas, existen presupuestos, pero que al ser de “guerra”, ¡son secretos! Como es bien sabido las obras de ampliación han sido concedidas a SACYR con un retraso en las obras de aproximadamente 16 meses, ya que la nueva fecha de finalización se prevé para finales Diciembre de 2.015, principios de 2.016, con unos porcentajes actuales de progresión de los trabajos, según, (EL PAÍS del 02.08.14) de avance del proyecto del 73% y de avance global de la obra del 78%⁹. Como hemos mencionado, en algún otro epígrafe, sacaremos a colación otros detalles de esta obra de envergadura en la que interviene una gran empresa española.

⁹ Otro ejemplo histórico internacional relevante es el de las obras del Canal de Suez. Fue una de las grandes obras de la Historia, y sus trabajos costaron muchísimo más de lo previsto, pero los beneficios producidos eran tan extraordinarios, que nadie se quejó. Puede afirmarse, que el mundo cambió a partir de esta obra. Francia e Inglaterra se encontraban interesadas allá por el año 1.800, en que sus barcos se ahorrasen el contorno por el sur de África en su recorrido desde Europa hacia los países de Oriente y viceversa, ya que dichas potencias eran las únicas que disponían de grandes flotas. Los beneficios comerciales que podrían obtenerse serían tremendos con la construcción del Canal, ya que los barcos ahorrarían en sus recorrido miles de km. abaratando de esta forma los costes de transporte y asimismo reducirían los tiempos de navegación. Tampoco hay que olvidar que en caso de conflictos bélicos, tanto Francia como Inglaterra podrían situar sus barcos de guerra en muy poco tiempo en escenarios del Océano Indico. Por otra parte, los países soberanos por donde discurriría el Canal: Egipto y países árabes, se encontraban sumidos en la pobreza, y las obras le proporcionarían ocupación a una mano de obra barata y también disponibilidad de recursos futuros por el funcionamiento del Canal. Por otro lado se veía con buenos ojos que una: “frontera artificial”, materializase una línea de agua internacional, dadas las relaciones vecinales entre ambos. Así que nada se objetó por las partes. Todo era favorable, realizándose y finalizándose la gran obra. Pero los costes también ascendieron a más de lo previsto. Probablemente mucho más de las cifras publicadas, pero nunca se había efectuado una obra de estas dimensiones, surgiendo los problemas como era previsible. Pero no se trataron de problemas técnicos ya que el terreno era llano en su totalidad y por sus características desérticas, fácil de remover. Otra ventaja fue que la cota de agua era la misma en los dos extremos del Canal, en contra de lo que inicialmente se había previsto. Los problemas surgidos estaban relacionados con la organización, pero ayudó mucho el que iniciadas las obras, se pusieran a punto nuevas grandes máquinas para el movimiento de tierras, que posteriormente tuvieron adicional utilidad en otras grandes obras en otros lugares del mundo, suponiendo un gran avance técnico cuyo catalizador fue el Canal, que arrastró grandes beneficios indirectos. Ver RODRÍGUEZ, E: “La Historia del Canal de Suez”, 29.12.2.012.

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

II.- OBJETIVO DE LA TESIS.

Cada vez más, a la opinión pública le llama poderosamente la atención el fenómeno consistente en que casi todo lo que construye la Administración Pública, experimenta un incremento de precio insospechado a la finalización de las obras.

Han contribuido a sensibilizar de manera decisiva, la denuncia de los medios de comunicación, así como el sistema judicial, especialmente tenaz con algunos comportamientos corruptos generadores de alarma social en esta época de tribulaciones económicas por las que atravesamos.

Desgraciadamente, es un fenómeno amplísimo como consecuencia de una ascendente crisis de valores, donde personas que desempeñan funciones públicas o privadas, violan sus propios deberes, bien por amistad o por dinero, obteniendo ventajas ilícitas para sí mismos o bien para terceros, ocasionando con su comportamiento, un grave deterioro tanto a la colectividad como al funcionamiento de las instituciones.

Manifiesta E.Cazzola en su obra: “La corruzione política in Italia” (1998), que cuatro elementos contribuyen a esta situación: 1) La violación de normas o reglas normadas. 2) El intercambio clandestino entre los agentes políticos y el sistema económico. 3) La apropiación de recursos de uso o de intercambio provenientes de las instituciones destinados a un fin ilegal. 4) El resultado deseado de modificar de hecho, las decisiones atribuidas a los poderes públicos.

Las obras civiles-públicas resultan en la mayoría de los casos, extraordinariamente rentables, aunque este hecho no se encuentre totalmente asumido por la sociedad. Una autovía o un desdoblamiento de una carretera existente son sinónimos de ahorro, tanto en consumo de carburante, conservación de vehículos, etc. lo cual facilita que se amorticen en tiempo reducido. Una presa-embalse para regadío o abastecimiento de aguas, se amortiza totalmente en un año. Si se trata de producción hidroeléctrica, la amortización es de pocos meses. Lo mismo puede decirse acerca de la rentabilidad de: Grandes Canales de Navegación, Puertos, Aeropuertos, Grandes Túneles, Canales de Transporte de Agua, Líneas Férreas, etc. que aportan gran riqueza y un beneficio directo a la sociedad. En definitiva, podríamos afirmar que una obra civil transforma el terreno donde se construye siempre a tenor de su magnitud. Pensemos en la construcción de un Hospital y un Aeropuerto. Aquél puede ser una obra muy complicada y costosa, en cuanto a instalaciones y equipamientos, pero sus cimientos afectan a una superficie de terreno reducida en comparación con el Aeropuerto. También, las obras del sector público, se ven afectadas en la actualidad, por un mal que parece inevitable: los presupuestos se ven superados muy ampliamente por la realidad final, hasta el punto, que podría suponer el peligro de aumentar: suspensiones y paralizaciones de obras¹⁰.

¹⁰ La patología afecta a otros tipos de contratos. Véase a este respecto: Dictamen nº 923/2001, Expte. de contrato gestión del Servicio de Limpieza de Ceuta, de 21 de Junio de 2001; Informe 18/97 de la J.C.C.A., de 14 de Julio de 1997. "Diversas cuestiones relacionadas con la prestación del servicio de abastecimiento de aguas y saneamiento en el ámbito de un contrato de gestión de servicios públicos: "Informe 9/99 de la J.C.C.A., de 30 de Junio de 1999. "Posibilidad de prorrogar un contrato de gestión de servicio público para la gestión del servicio de agua potable como contraprestación a la realización de obras por la empresa adjudicataria"; Informe 7/06 de la J.C.C.A., de 24 de Marzo de 2006. "Prórroga de un contrato

¿QUÉ SUCEDE?

- ¿Los ingenieros desconocen cómo elaborar presupuestos?
- ¿Los contratistas han olvidado cómo se construye una obra?
- ¿Existen demasiados intereses económico-políticos?
- ¿Surge a menudo una mala praxis en los intervinientes?
- ¿Es que la corrupción se ha vuelto endémica?

De todo ello y un poco más, procuraremos, en las siguientes páginas, dar el mayor grado de respuesta.

de concesión de servicio público para mantener el equilibrio económico de la concesión y para realizar obras necesarias”; Informe de la J.C.C.A., de 17 de Marzo de 1999 (expediente 47/98); Informe de la J.C.C.A., de 12 de Marzo de 2004 (expediente 50/03) (Informe de 21 de Diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de Marzo de 1999 y 2 de Marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00); Informe 38/98 de la J.C.C.A., de 16 de Diciembre de 1998. "Modificación del plazo de concesión de un servicio público municipal"; Informe 40/01 de la J.C.C.A., de 30 de Enero de 2002. "Aspectos relativos a las modificaciones del contrato que se condicionan a la previa aprobación de las condiciones de ejecución de tales modificaciones"; Informe 47/98 de la J.C.C.A., de 17 de Marzo de 1999. "Instalación en la vía pública de soportes de información y mobiliario urbano. Modificación del contrato y posibilidad de prórroga; Informe 18/97 de la J.C.C.A., de 14 de Julio y 38/98, de 16 de Diciembre); Informe 59/00 de la J.C.C.A., de 5 de Marzo de 2001. "Prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones del mismo"; Informe 52/2000 de la J.C.C.A., de 5 de Marzo de 2001, Prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones del mismo; Informe 18/06 de la J.C.C.A., de 20 de Junio de 2006. "Celebración de nuevo contrato o modificación del vigente por ampliación del objeto del contrato en un contrato de gestión de servicio público relativo al estacionamiento regulado en superficie (ORA)"; Informe de 17 de Marzo de 1999 (expediente 47/98) de la J.C.C.A., con modificaciones de contratos de gestión de servicios públicos reflejado en su informe de 12 de Marzo de 2004 (expediente 50/03); Informe de la J.C.C.A., de 24 de Marzo de 2006 (expediente 7/06); Informe de 21 de Diciembre de 1995 de la J.C.C.A., posteriormente reproducido en el de 17 de Marzo de 1999 y 2 de Marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00); Informe 23/11 de la J.C.C.A., de 28 de Octubre de 2011. "Procedencia de la motivación de la denuncia de una concesión. Alcance de la facultad de modificación de una concesión; Dictamen del Consejo de Estado nº 1281/2005 en el expediente relativo a la propuesta de modificación del contrato concesional de Sogecable; Dictamen del Consejo de Estado de 6 de Octubre de 2011. Número de expediente: 1440/2011 (INTERIOR). Referencia: 1440/2011. Asunto: Propuesta de modificación de contrato relativo al expediente nº 10HU3033, cuyo objeto es el suministro del producto farmacéutico... para los centros penitenciarios dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; Dictamen del Consejo de Estado de 21 de Julio de 2011. Número de expediente: 1099/2011 (DEFENSA). Referencia: 1099/2011. Asunto: Modificación del contrato "servicio de restauración, agua embotellada y a granel, cantina y cooperativa a prestar a los contingentes españoles en operaciones de paz y/o situaciones especiales"; Dictamen del Consejo de Estado de 8 de Marzo de 2012. Número de expediente: 126/2012 (DEFENSA). Referencia: 126/2012. Asunto: Modificación del contrato "servicios de restauración colectiva en diversas unidades, bases y acuartelamientos del área de influencia de la Segunda Subinspección General del Ejército". Circular Nº 1/2011, de la Abogacía General del Estado, de 7 de Abril de 2011, sobre el «Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público». Véase también: S.S.T.S., de 1986, Ar. 2654 y 2379, S.T.S., de 19 de Febrero de 1992, Ar.9207, S.T.S. de 12 de Enero de 2005, Ar.2708.

Por otro lado ocurre, que cuando el proyectista ha realizado el presupuesto y tiene totalmente diseñada la obra, basada en los precios vigentes en esos momentos para la construcción y sistemas constructivos, es decir, en un momento determinado, ocurre que la ejecución material de la obra se retrasa “sine die”, constituyendo una nueva adversidad en la larga lista de problemas existentes.

Igualmente, si la Administración al organizar los presupuestos de su Ministerio, y por lo tanto, dentro de los del Estado, respecto a la ejecución de las obras, conlleva una ardua labor y recabo de autorizaciones, comprobándose que desde el presupuesto inicial hasta el inicio de las obras, han podido transcurrir algún bienio que otro, con los consecuentes cambios de precio. En estos casos se acostumbra someramente a realizar una corrección del presupuesto, excluyéndose sistemáticamente al proyectista inicial.

La Contratación pública tiene una gran importancia, cuantitativa y cualitativa en la vida económica española¹¹.

¹¹ Desde la perspectiva de las CCAA BELTRÁN GÓMEZ, A.I, en su trabajo “La transparencia en la modificación de los contratos públicos” explica lo siguiente sobre este concepto: “La Ley aragonesa ha considerado que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad. En los últimos tiempos, algunas Comunidades Autónomas han introducido previsiones normativas que, con mayor o menor alcance, pretenden dotar de transparencia a la modificación de los contratos públicos. El Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública publicado en 2004, y que sirvió de base para la elaboración de la L.C.S.P., de 2007, ya afirmaba, en línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, la oportunidad de incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: «La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste». No obstante, nada se introdujo en este sentido en la L.C.S.P, ni en las sucesivas reformas de la misma. Más recientemente, y con evidente inspiración en esta normativa autonómica que a continuación comentaremos, el Anteproyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ha incluido en su Art. 6 «Información económico-presupuestaria y estadística», la obligación de publicitar, entre otras cosas las modificaciones de los contratos. En el plano autonómico, la Ley 4/2011, de 31 de Marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, dispone en su Art. 19.2.f) la obligación de publicar en el perfil de contratante «las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede». Esta obligación, materializada en la práctica casi un año más tarde de su entrada en vigor, alcanza a cualquier contrato, con independencia de su cuantía, a diferencia de la precursora de este tipo de obligación de transparencia, la Ley 4/2006, de 30 de Junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, que prevé que cada órgano de contratación publique en su página web, una vez adjudicado el contrato público, información «sobre las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato y éste sea superior a 1.000.000 €». Por su parte, la Ley 1/2012, de 24 de Enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, recoge en su Art. 40 la obligación de dar publicidad «en Internet» a los contratos menores, las modificaciones contractuales y contratos complementarios, «con indicación además en este caso de los datos del contrato primitivo». Un decidido «paso adelante» en este intento de materializar el principio de transparencia en la fase de ejecución de los contratos públicos lo encontramos en el nuevo Art. 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de Febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por Ley 3/2012, de 8 de Marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón. Bajo el título «Publicidad de los modificados», la Ley aragonesa exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su

caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales. Nótese que, a diferencia de las regulaciones de otras Comunidades Autónomas sobre la cuestión, la publicidad no se limita en este caso a la publicación en el perfil y el Boletín, sino que exige la notificación del acuerdo de modificación a los restantes licitadores admitidos a la licitación, haciendo de este modo verdaderamente efectivo su derecho al control de las modificaciones. La Ley aragonesa ha considerado que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad. Para la determinación del alcance de esta «nueva obligación» de publicitar y notificar la modificación de los contratos ha sido preciso el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En su informe 12/2012, de 23 de Mayo, la Junta Aragonesa concluye que sólo resulta de aplicación la previsión de publicidad y notificación a los supuestos de modificación de contratos conforme a las previsiones de los Art. 105 a 108 T.R.L.C.S.P., y concordantes. Por ello, no resulta necesario dar publicidad a los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, en tanto no son supuestos de modificación del objeto del contrato. Igualmente, tampoco serían objeto de este régimen las ampliaciones de plazo en caso de retraso por motivos no imputables al contratista que regulan los Art. 213.2 T.R.L.C.S.P., y 100 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante R.G.L.C.A.P), o debidos a la necesidad de reajustar anualidades por motivos de interés público que regula el Art. 96 R.G.L.C.A.P, en tanto son previsiones propias a la ejecución del contrato y que no alteran el objeto del contrato inicial. Tampoco resultará necesaria la publicación/notificación del supuesto previsto en el Art. 234.3 T.R.L.C.S.P alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras, con el límite del 10% del precio primitivo del contrato— al constituir un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, como ya señalara la Junta en su Informe 23/2011, de 13 de Septiembre, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del Art. 107 T.R.L.C.S.P., y, por ende la obligación de publicación. Por cuanto respecta al objeto de la publicación/notificación, la Junta aragonesa aclara que lo será el acuerdo de modificación, debidamente acordado por el órgano de contratación tras los trámites preceptivos oportunos específicos, convenientemente diligenciados en el correspondiente expediente administrativo. En concreto, para el contrato de obras, debe publicarse el acuerdo de aprobación del expediente del modificado recogido en el Art. 234.3. c) T.R.L.C.S.P, pero no la conformidad previa a que se refiere el Art. 234.4. c) T.R.L.C.S.P., para los supuestos en los que el interés público aconseje la tramitación del modificado sin la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras, al trasladarse en estos casos la aprobación definitiva del mismo a un momento ulterior, dentro de los ocho meses siguientes. La Junta Consultiva de Aragón analiza también en el informe citado la principal consecuencia que se deriva del régimen de publicidad y notificación contenido en el Art. 12 bis de la Ley 3/2011, que es que permitirá a todo interesado que a la vista de la información/notificación considere que pudiera existir una actuación ilegal interponer el recurso —administrativo o jurisdiccional— que proceda ante esta actuación. El recurso procedente deberá figurar en la notificación que se efectúe, tal y como exige el Art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante L.R.J.P.A.C). De la dicción del Art. 12 bis de la Ley 3/2011 surgen ciertas dudas interpretativas acerca del recurso que debe utilizarse: recurso administrativo ordinario, o recurso especial de contratación (en los supuestos en que éste último proceda). Para resolver esta cuestión, la Junta consultiva aragonesa entiende que la solución debe validarse desde una interpretación compatible con las exigencias del derecho comunitario y conforme a la jurisprudencia del T.J.U.E, de tal manera que cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos —como sin duda lo es una modificación de las previsiones de un contrato— puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (S.T.J.U.E., de 23 de Enero de 2003, *Macedonio Metro y Michaniki*). Entiende por ello la Junta que el recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitarios en materia de contratación pública, por ser esa la opción del legislador estatal, que si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (Art. 40.2 T.R.L.C.S.P), no es menos cierto que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (Art. 106 T.R.L.C.S.P.) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas. Concluye la Junta que no le corresponde «contradecir el mandato que con carácter de legislación

En cuanto a la cronología histórica, en primer lugar, nos situaremos, a partir desde donde se alcanza la base del conocimiento. Es decir, a través de un estudio histórico y cuasi-normativo, abordando: las obras públicas en el derecho romano, para enlazar a continuación con el devenir histórico posterior: edad media, edad moderna, situación a partir del siglo XIX, finalizando con el actual Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la L.C.S.P.

A través de las anteriores exposiciones, iremos ofreciendo una visión global y a veces pormenorizada del marco legal, valorando desde un punto de vista práctico-jurídico, especialmente jurisprudencial, los defectos o carencias de las normas que regulan las relaciones entre las Administraciones Públicas y las Empresas.

Igualmente, se intentará comparar nuestra legislación con la normativa comunitaria y con la de otros Estados Miembros de la Unión Europea.

Otra pretensión de la Tesis, radica en el enriquecimiento a través del seguimiento de los Informes de la Abogacía del Estado, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en lo sucesivo J.C.C.A), Dictámenes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas así como Jurisprudencia del T.S. y del T.J.C.E., con detalles apropiados, y sin perder la visión general de la problemática.

Todo lo anterior nos permitirá conocer las causas principales que originan las desviaciones presupuestarias de las obras y servicios públicos en España, realizándose cuantiosos desembolsos, sin en muchas ocasiones, fiscalización previa y sin retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente.

básica contiene el Art. 40.2 T.R.L.C.S.P., sobre exclusión del objeto del recurso especial de las modificaciones no previstas, pero cabe advertir la posible incongruencia del precepto, que lleva a dar distinto trato a las modificaciones del contrato según sea su presupuesto habilitante, ya que a la vista de la jurisprudencia comunitaria, su aplicación podría resultar desplazada por la eficacia directa del Derecho de la UE, en los supuestos concretos que se sometan a los órganos competentes para conocer del recurso especial». En supuestos de contratos modificados que no superen el umbral para la interposición de recurso especial, procederán los recursos ordinarios de reposición o alzada, en función de que agoten o no la vía administrativa respectivamente (Arts. 114 y 116 L.R.J.P.A.C.) para poderes adjudicadores administración pública. En los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de administración pública (Art. 3.3 T.R.L.C.S.P) los interesados podrán interponer reclamación ante la jurisdicción civil (Art. 21 T.R.L.C.S.P.). Por último, la Junta analiza la cuestión de si resulta de directa aplicación a la tramitación de los modificados la previsión del Art. 156.3 T.R.L.C.S.P, que impide la formalización, en un plazo de quince días si el contrato es susceptible de recurso especial. Esta previsión –dice la Junta- está pensada, en exclusiva, para los supuestos de adjudicación del contrato, pero el supuesto que regula la Ley 3/2011, no es formalmente de adjudicación, sino un acto de ejecución, vinculado, eso sí, al acto inicial de adjudicación. Y conviene recordar que la Directiva 89/665, prevé que los procedimientos de recurso no tendrán necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos a los que se refieran, limitando tal posibilidad automática a los casos de adjudicación (Art. 2.4). Por ello, y de conformidad con las reglas generales del recurso especial, puede afirmarse que no resulta de aplicación la previsión específica de suspensión automática de los actos de adjudicación en tanto el recurso especial que habilita la Ley 3/2011 no tiene por objeto en sentido estricto la adjudicación de la licitación. Esto significará que, salvo que se solicite medida cautelar por un interesado, y sea acordada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la formalización del modificado del contrato no se suspenderá por la interposición del recurso. Solución que permite, además, conciliar el derecho a la defensa con los intereses públicos propios y específicos en esta fase procedimental”.

Nos plantearemos a través de diversos supuestos, algunas de las ya conocidas realidades fácticas de la licitación pública (Administración versus Empresas).

En la mayoría de las ocasiones, se ignora, que para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del “modificado”, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento establecido, teniendo siempre presente la prohibición, explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación y sin la cobertura presupuestaria correspondiente¹².

¿Por qué los Pliegos de Condiciones Técnicas y/o Proyectos no son lo suficientemente detallados, ofreciendo lagunas y permitiendo otras soluciones posteriores?

Suelen ser bastante común en los mismos, deficiencias de definición en el proyecto inicialmente aprobado, bien por desconocimiento o dejadez. Es decir, posteriormente son advertidas deficiencias en el proyecto inicialmente aprobado, que debieron ser ponderadas en las actuaciones previas de la evaluación del proyecto en cuestión. En la mayoría de los casos, la ausencia de una ingeniería de detalle propia, facilitan tales lagunas y deficiencias. Una regla determinante, marca, que el proyecto es el soporte técnico de todo contrato de obra, de forma tal que sin aquél no es posible la celebración de este.

Es decir, la práctica o uso de la figura del reformado o modificado de obra, tiene su origen en la insuficiencia técnica inicial de los proyectos. En la práctica, la mayoría de los “modificados de obra”, se encuentran propiciados por omisiones y defectos, reales o ficticios, en el proyecto. Así, tendría que evitarse, resaltaba el Dictamen del Consejo de Estado del 29.11.84, que el proyecto inicial que sirve de base del contrato y no contenga una descripción completa sirva para propiciar sucesivas modificaciones que encubran contrataciones que no observen algunos de los principios inspiradores de la contratación administrativa: publicidad, libre concurrencia y licitación.

Por este motivo, tanto la Memoria de 1990, y otras, así como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre “modificación de contratos”, advertía el Alto Cuerpo Consultivo sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que sólo excepcionalmente haya de acudir a la anterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

Por ende, en muchas ocasiones, la Administración no llega a responsabilizarse plenamente del contenido y defensa del Proyecto, dejándolo en manos del contratista, mediante la ejecución de trabajos e ideas por parte del mismo.

¹² Ver, Ley 47/2003 de 26 de Noviembre, General Presupuestaria

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública¹³, ya se refería a los “modificados de obra”, como elementos desvirtuadores, en donde los precios a los que se ejecutan las unidades de obra, no suelen resultar aquellos por los que se licitaron.

Existen además una especie de “activos amorales” relativo a que mediante estos modificados, suelen buscarse: reequilibrios positivos de un contrato para el que, inicialmente se había licitado excesivamente a la baja.

El Consejo de Estado¹⁴ mantiene que la utilización de la vía de la modificación objetiva del vínculo contractual podría resultar perturbadora respecto de principios que, como los de publicidad y concurrencia en la adjudicación de las obras públicas, son capitales en la contratación administrativa.

Actualmente, se desprende de una lectura detenida, del amplio elenco que comprende el Art. 107 del R.D.L. 3/2011, donde muchos de los supuestos citados anteriormente, se les ha otorgado una cabida por ahora suficiente, pero presumiblemente, entiende el doctorando, todas ellas deberán ir “pulíéndose” a golpe de adaptación legislativa española, a las Directivas oportunas europeas que con tal fin vayan surgiendo.

Por todo ello, lo único que podemos concluir es que nos hemos acercado a la U.E., mejorando nuestra legislación, si bien todavía cabe superar opciones en los procedimientos de control de la Administración así como en la eficacia de las adjudicaciones desde el proyecto inicial.

En suma, y de acuerdo con José María Gimeno Feliu: “Urge adaptar correctamente la legislación sobre los modificados en la contratación Pública, lo que exige un cambio de cultura en la gestión de los mismos y, sin duda, una mayor profesionalización en su tramitación con elementos de control específicos, rápidos y efectivos”.

Precisa el doctorando, que todo cambio de cultura sectorial, también depende en cada circunstancia de adaptaciones y profesionalidad: aspectos claves para separar los roles políticos de los técnicos. Sin dicha separación nunca podrá redactarse adecuadamente una obra pública. Es decir, mientras desconozcamos como diseccionar la redacción y construcción de un proyecto de la inauguración de la obra por razones políticas en determinada legislatura, nunca avanzaremos en forma positiva.

Se necesita voluntad política, es decir, políticos con espíritu de servicio, cultura de hacer las cosas a su debido tiempo, sin despilfarros ni partidismos. Probablemente, una asignatura para ser aprobada en las próximos 50-100 años.

¹³ Ver, Ministerio de Económica y Hacienda 2004 pág. 15-118

¹⁴ Entre otros, Dictamen del 01.10.91

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

III.- ASPECTOS HISTÓRICOS.

1. Las obras públicas: herencia del Derecho romano¹⁵.

Se debe atribuir al mundo romano el significado e identificación de la obra pública, como concepto arraigado del interés general y uso público, destinados a la comodidad del pueblo, tales como: los puertos, puentes, plazas, paseos, etc., que, junto a todo lo que se refiere al ámbito del transporte y comunicación: caminos, vías o calzadas, faros, etc., configurarían, repetimos, el concepto de obra pública como contraposición a lo privado y siempre por encima de éste.

Los servicios y obras públicas romanos eran cuantiosos, pero sin embargo, el conocimiento que se tiene de gran parte de ellos es reducido; bien porque en ocasiones los servicios son a veces intangibles y solamente se conoce de su existencia por escritos, y otros, dado que se ha tendido a infravalorar el desarrollo tecnológico y de obras públicas en su propio contexto.

Las obras públicas en la sociedad romana constituían el exponente de una demanda para su desarrollo, y detrás de ella, existían grandes técnicos y planificadores que lograron un desarrollo no alcanzado hasta el siglo XVIII.

El sistema romano desarrolló todas estas infraestructuras públicas con tres objetivos básicos:

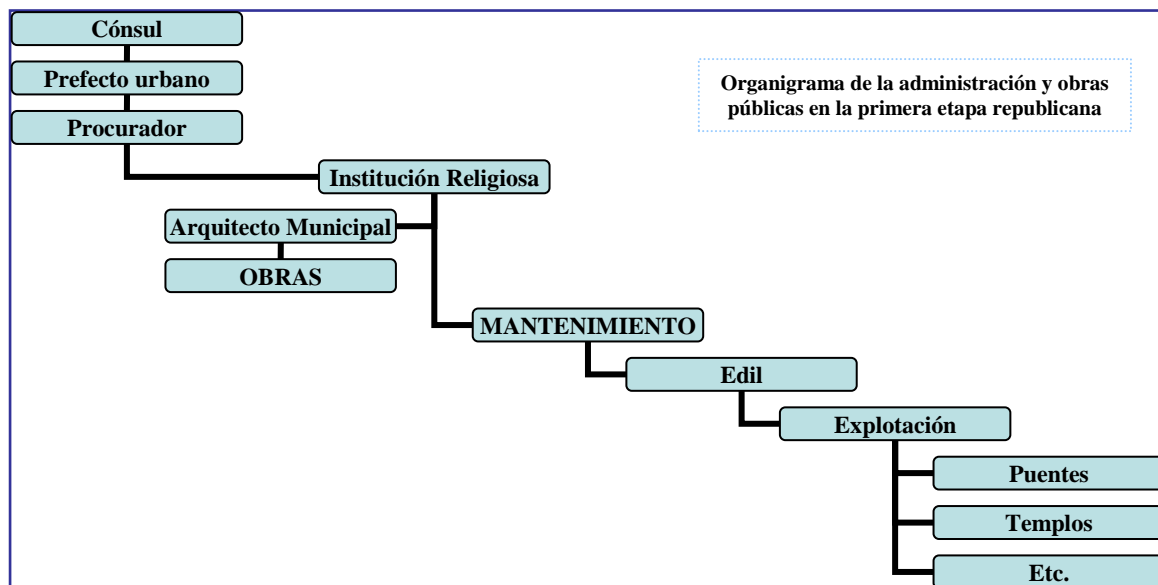
- a) El dominio del territorio.- a través de la facilidad de comunicación entre los distintos puntos conquistados, que obligaron a crear infraestructuras de transporte mediante calzadas o vías en tierra, así como infraestructuras marítimas y fluviales. Las comunicaciones se realizaban esencialmente por tres vías: terrestre (mediante correos); marítima, y finalmente mediante los sistemas de faros.
- b) Homogeneización de la sociedad.- a través de las obras públicas se obtenía el elemento aglutinante de la sociedad, homogeneizando sus formas de vida y ayudas a la identificación social romana. A través de la romanización, que este caso significaría que una ciudad romana en Inglaterra, Túnez, Francia o Palestina, disponían de la misma estructura urbana y de servicios: redes de calzadas y tipo de pavimento.
- c) Dominio político.- suponía importar la iniciativa en la Administración, gestión y realización de necesidades, a través de contactos y control de la autoridad central en Roma.

Es decir, tipos y ámbitos de las obras públicas tales como: transporte y comunicación; agua y saneamiento de cloacas, además planificación urbana, que se encuentran perfectamente interrelacionados con los conceptos del siglo XXI, salvando

¹⁵ Ver, DE LA PEÑA OLIVAS, J.M: “Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano. Nuevos Elementos de la Ingeniería Romana”. III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006.

por supuesto, que pertenecen a otro tiempo y lugar, pero que tienen en común hoy día, las necesidades del crecimiento de la sociedad.

Cabe decir igualmente, que no vamos a entrar en la compleja y enmarañada administración de las obras públicas romanas, bastante poco conocida, por cierto, y que de sus cuatro principales etapas: (Monarquía, República, Imperio y Decadencia) citaremos puntos relacionados con el trabajo que nos ocupa, procedentes de, entre otros, de los libros de Tito Livio, que bebió de fuentes y documentos administrativos, por lo que constituye, creemos, una fuente solvente.

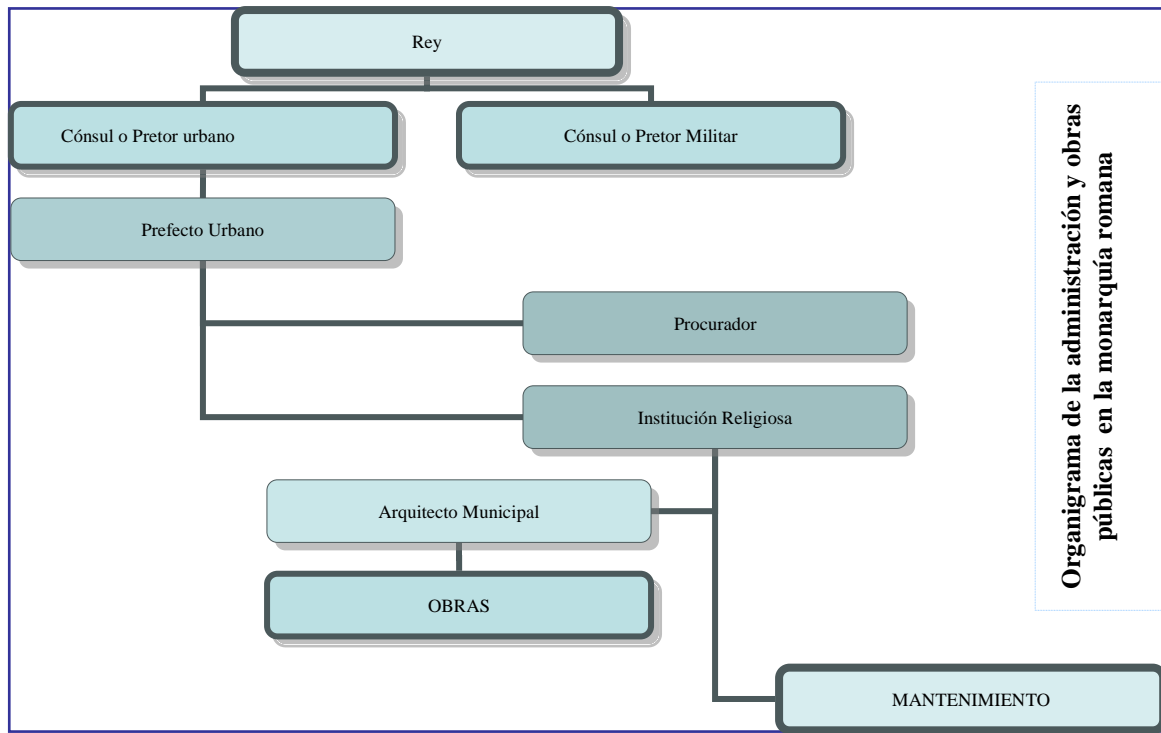


Cómo puede observarse, los Cónsules eran los responsables de la Administración de Obras públicas.

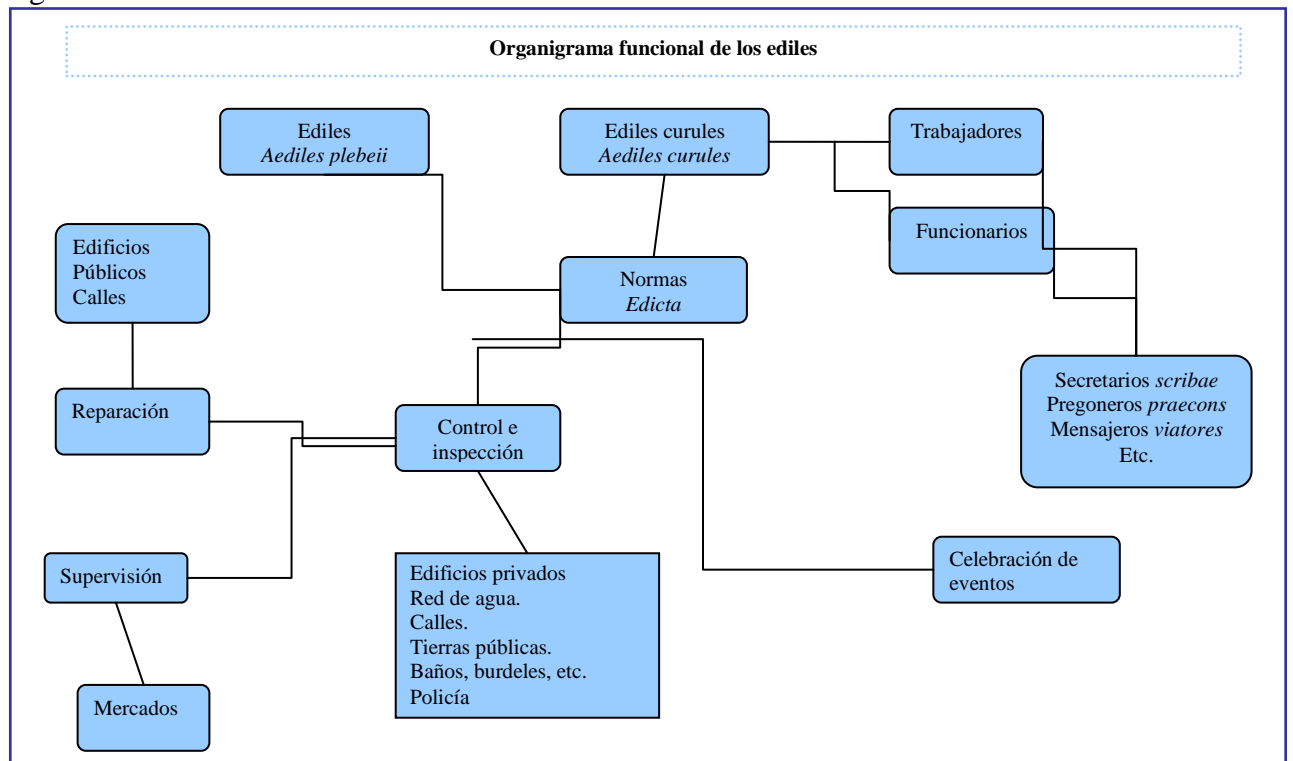
Respecto al principal cargo de la Administración de las finanzas públicas y siguiendo a Smith (1870), los censores, cuyos primeros nombramientos recayeron en: Lucio Papilo Mugilano y Lucio Sempronio Atratinio, disponían entre otros de las siguientes atribuciones:

Administración de las Finanzas públicas:

- Cobro del **tributum** de acuerdo con los registros del censo.
- Control de pagos del Estado hecho por los cuestores.
- Dirección de todos los edificios y trabajos públicos, esto es el responsable de las obras públicas.
- Construcción y reparación de las obras públicas, normalmente mediante subasta, mejor oferta económica, llamada **ultra-tributa**.
- Concesión de cobro de tributos mediante subasta al mejor postor o **vegtigalia**.



Como puede verse, actuaciones y términos aplicados a lo largo de los últimos siglos.



En realidad, la actividad de las obras públicas, y siguiendo a TITO LIVIO (Libro XXXIX), 44,4, ya auspiciaban la esencia, de lo que siglos más tarde, sería práctica también habitual, respecto a promesas electorales, supresiones, cambios, etc.:

“...Suprimieron (los censores) todas las conducciones de agua pública a edificios o fincas privadas, e hicieron demoler, en un plazo de treinta días, los edificios o construcciones que los privados tenían en terreno público. A continuación, con el dinero destinado a tal fin, adjudicaron la construcción de obras públicas: pavimentación con piedra, de los depósitos, limpieza del alcantarillado donde fuera necesario y construcción de uno nuevo el Aventino (una de las siete colinas de Roma) y en otros sitios donde todavía no lo había. Y por separado Flaco (uno de los dos censores) hizo construir un dique en las Aguas de Neptuno, para que pudiera pasar la gente, una calzada a través de los montes de Formias, mientras que Catón (el otro censor) adquirió para uso público dos atrios en las Lautumias, el Menio, y el Ticio, y cuatro tiendas, construyendo allí una basílica que recibió el nombre de Porcia...”.

En otra magnífica cita de TITO LIVIO que ilustra la actividad de contratación pública, se puede leer en el Libro (XXIV, 18, 1ss), dónde refiere con elocuencia las propuestas de los contratistas para salir al bache coyuntural, hasta mejor fortuna....

“...Los censores como no tenían que ocuparse de la contratación de obras públicas porque las arcas del Estado estaban vacías (214 A.C.).... Como la falta de recursos públicos impedía que los censores sacaran a subasta la contrata de conservación de edificios religiosos, el suministro de caballos curules, y cosas por el estilo, acudieron a verle muchas personas acostumbradas a este tipo de subastas, animando a que tomasen todas las medidas e hiciesen las adjudicaciones como si hubiesen fondos en el erario, pues nadie iba a exigirles el pago hasta que finalizará la situación coyuntural...”.

Reflejado en lo anterior, obsérvense las actitudes igualmente desempeñadas y ofrecidas en los tiempos modernos por los contratistas en su buena disposición inicial...para percibir más adelante sus emolumentos y a conveniencia de la Administración.

En otros casos, la iniciativa de la licitación pública corría a cargo del Senado que instaba al censor o censores, bajo un determinado presupuesto que venía previamente aprobado por un decreto del Senado (Libro XXXVI), 36.4-Tito Livio).

Por lo general, y hasta la reforma de Augusto, los censores proponían las obras públicas pertinentes, siendo aprobadas por parte del Senado. Los Censores licitaban la obra mediante el procedimiento de subasta: *Ultro-tributa*, adjudicando al mejor postor.

En casos excepcionales, el sistema de adjudicación no era subasta sino concurso, cuando lo que primaba eran las condiciones técnicas (Tito Livio, libro XXXIX, 44, 4ss) y (Libro XL, 44, 10). De nuevo, puede comprobarse la similitud de los tiempos recientes.

Es más, los Modificados de Obra, eran corrientes, si atendemos a lo que nos relata Vitruvio en su Libro X, 0, 1), respecto a una curiosa Ley existente en Éfeso, que seguramente nos hará pensar al respecto:

“... Se dice que en Éfeso, ciudad grande y célebre de Grecia, existió promulgada por los antiguos una Ley dura, pero no injusta, por lo que obligaba al arquitecto, cuando se

encargaba de dirigir una obra pública, a fijar el coste que podría ascender, y aceptada la cantidad del coste, quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que estuviera totalmente terminada la obra. Acabada ésta si el coste había respondido a lo estipulado quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; y aún si el coste hubiera excedido una cuarta parte (25%) más de la apreciación hecha, la diferencia se pagaba del dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna; pero si se había gastado más de esa cuarta parte el exceso se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto hasta terminar la obra. Ojala los dioses inmortales hiciesen que esta ley se hubiese promulgado también en el pueblo romano no solo para los edificios públicos... calcularían con más diligencia antes de todo el coste de la obra”.

El historiador Dionisio de Halicarnaso (I, 88, 2) nos relata que Rómulo fundó la ciudad trazando su perímetro:

“Cuando pensó que había hecho todo cuanto era razonablemente grato a los dioses, llamó a todos al lugar señalado para la fundación de la ciudad de Roma, y dibujó la figura en un cuadrado alrededor de la colina, trazando mediante un arado compuesto de un buey uncido junto a una vaca, un surco que debía de recibir la muralla”...

Igualmente nos cuenta dicho historiador en su libro (II, 74, 2 ss.), que una de las primeras actuaciones del segundo rey “legendario” de Roma: Numa Pompilio, fue la de ocuparse de la división de los terrenos públicos y privados, mediante mojones de deslindes, así, los dioses distinguirían por un lado: la tierra romana de la de los vecinos, y la pública de la privada...

La época imperial es de la que más noticias se disponen y la que más complejidad alcanzó, creándose responsables directos de diversas actividades que formaban las obras públicas, en detrimento de los censores y ediles, tal como lo refiere SUETONIO (Libro II, 37). Para ello Augusto llamó a su yerno y amigo Marco Vipsanio Agripa, para reformar todo el aparato de obras públicas del Imperio.

El arquitecto Vitruvio, en sus libros: I.3.2; VI, 0, 12, y en su libro V, nos describe la infraestructura de la obra pública en la ciudad de entonces, a la que habría de añadirseles, las murallas y obras defensivas.

Tácito, en su libro (XV, 38) igualmente alude a Nerón, tras el incendio de Roma, como relevante legislador de normas.

Así pues en la sociedad romana se encontraba establecida una clara distinción entre lo público y lo privado, con la correlativa obligación del estado, garante y titular para garantizar una serie de servicios destinados al uso público.

Cómo no se hubiera atrevido siglos más tarde Adam Smith, si no hubiese asumido este principio, al proclamar en su obra: “LA RIQUEZA DE LAS NACIONES¹⁶” (La Responsabilidad del Sobrepeso), que los deberes del estado eran la defensa, la justicia y finalmente la tercera y última obligación del soberano o la república consiste en

¹⁶ Edición española de 1988, Vol. II- página 756.

establecer y mantener aquellas instituciones y obras públicas, que siendo enormemente ventajosas para la sociedad, siendo no obstante, de una naturaleza tal, que sus rendimientos jamás podrían recompensar la inversión efectuada por un individuo o un pequeño número de ellos, y que por tanto no puede esperar que las funden o mantengan.

Este concepto desarrollado por Roma, no se ha diferenciado demasiado del que rigió posteriormente en la sociedad actual a partir de la revolución francesa, que distinguió claramente la obra pública, en contraposición con la propiedad real o aristocrática.

Finalmente, y en cuanto a uno de los puntos principales del presente trabajo, diremos que en cuanto a pagos y recepción de la obra, una vez aprobado el proyecto de ejecución de la misma, un representante del Estado, supervisaba la obra, controlaba y aceptaba los materiales (Libro de Vitruvio II, 3,1).

Se desconoce si los pagos se realizaban bien al finalizar las obras, por obra construida, o por unidades de obra, etc. Lo que sí ha llegado a nuestras manos a través de Vitruvio (I, 2,2), es que las obras se dividían en unidades de obra.

Si como hemos mencionado nos han llegado pocas noticias sobre el sistema administrativo de las obras públicas, menos aún son las recibidas sobre el tipo de mantenimiento que se ejercía sobre ellas, y ello, aún siendo muchas mayor económicamente (partidas especiales), las que debían ponerse a disposición por los administradores.

Nos llegan, respecto al “mantenimiento de obras hidráulicas”, noticias acerca de un sistema que se puso en vigor en el año 116 A.C., por un decreto senatorial, que debió estar en vigor hasta la reforma promovida por Augusto y Agripa, y puesta en vigor por el Senado hasta la reforma promovida en el año 11 A.C.:

El contratista *redemptores operum*, a tenor de dicho decreto senatorial, solía tener a su servicio un número determinado de esclavos especializados, pero además solía tener obreros de condición libre. Frecuentemente, los contratistas pertenecían a la clase ecuestre y formaban compañías constructoras que estaban sometidas al control del estado; así la Ley Claudia, promulgada en el 291 (A.C.), prohibía la formación de grandes empresas a los senadores (González 1985).

El contrato de obra solía adjudicarse por subasta, salvo en casos especiales que podría licitarse por concurso-subasta, conteniendo, entre otras exigencias, disponer de un número determinado de empleados o esclavos especializados, anunciándose la adjudicación en un cartel “Tabula Pública”.

SEXTO JULIO FRONTINO, en sus libros (CXVI y CXVII) nos relata que a través del citado decreto senatorial, Augusto y Agripa, transformaron todo este sistema de mantenimiento por contrato, nacionalizándose de algún modo, por distritos, con retenes de obreros para atender situaciones de emergencias, y que seguramente fueron extrapolados a otros servicios públicos.

Para finalizar con la Época Romana, ruego al Tribunal permita tomarme la licencia de referirme por un momento, al bellissimo Acueducto de Segovia.

Siempre que tengo la fortuna de contemplarlo, y en relación con el tema que nos ocupa, me pregunto:

- ¿Costaría más de lo que se presupuestó?
- ¿Se apropiaría alguien del dinero engañando a la lejana Roma?
- ¿Cuánto dinero ha producido en sus 2.000 años de existencia?
- ¿Cuánto dinero produce en la actualidad como obra de arte histórica?

2. Evolución histórica de las obras públicas en España:

2.1. Romanización.

Las raíces en la Hispania Romana tuvo un carácter eminentemente práctico contándose con grandes ingenieros y grandes constructores de obras públicas, que nos dejaron ejemplos como:

- Acueductos como el de Segovia y el de Peña Cortada (Chelva).
- Murallas (Lugo).
- Un número elevado de puentes: Alcántara, Mérida, etc.
- Redes urbanas ligadas por un complejo sistema de calzadas: Tarraco, César Augusta, Emérita, Toletum, etc. Las calzadas son un claro ejemplo de un diseño planificador sobre un enfoque territorial global, sofisticándose el transporte como consecuencia de ello. Igualmente, se domina el agua a través de presas y acueductos.
- Obras artísticas de utilidad pública como: Arco conmemorativo de Bará. (Tarragona), Templo de Diana (Mérida), Anfiteatro de Itálica (Sevilla) y Teatros (Mérida).

Roma, al igual que en otros países bajo su dominación, aplicó en Hispania, el concepto de “romanización”: integración plena de una sociedad determinada en este caso, la hispana, en el conjunto del mundo romano (economía, sociedad, cultura, religión, etc.). Es decir, ejerció, como hemos mencionado anteriormente, sus tres conceptos básicos:

- El dominio del territorio.
- Homogeneización de la Sociedad.
- Dominio político.

2.2. La Edad Media.

Pablo Alzola y Minondo¹⁷, criticaba en 1899, la existencia de un vacío historiográfico en la Historia de España respecto a sus obras públicas, excepto artículos sueltos, memorias y conferencias.

Alzola, en su propia introducción se refiere a las fuentes utilizadas: estudios académicos acerca de las calzadas romanas, códigos y legislaciones como la “novísima recopilación”, o Actas de las Cortes de Castilla, Crónicas de Viajes, Guías, Itinerarios, Almanques, Manuales de Diligencia, Archivos, etc.).

Las escasas fuentes, no obstante, nos llevan a la conclusión de que la Edad Media peninsular viene enmarcada en su inicio por la decadencia y desaparición del poder imperial. Es un período de conquistas y reconquistas, en donde predomina el arte de la fortificación, basado en un profundo conocimiento del territorio. No existe propiamente dicho una red de caminos, sino de centros que albergaban: peregrinaciones, repoblaciones, vías pecuarias, etc. Es decir, un territorio en movimiento.

En la Edad Media, el rey tenía la obligación de construir los caminos y puentes, aunque la financiación corría a cargo de los vecinos y municipios beneficiarios, o bien a cargo de la nobleza. En este caso se autorizaba a los nobles a cobrar peaje. Ni es extraño pues, que en síntesis general, pueda decirse que los caminos peninsulares de la Edad Media queden en un segundo plano por el indiscutible protagonismo de las obras de infraestructura desarrollada por los romanos.

Este desequilibrio sirvió al menos a los medievalistas para utilizar la abundancia y expresividad de los testimonios materiales, cartográficos y descriptivos de la red viaria romana, para facilitar la comunicación con las zonas conquistadas.

Dicho desequilibrio queda acentuado observando “las altivas calzadas romanas”, limpiamente cursadas, sólidamente afirmadas y racionalmente diseñadas, salvando con monumentales puentes los obstáculos de carácter natural.

Frente a esta imagen, la caminería medieval se compone de desarticulados trazos de esas calzadas arruinadas ya materialmente, y sobre todo, de indefinidas sendas por montes o páramos, salvo el camino compostelano.

Para finalizar este punto, comentar que el contraste más acusado entre la caminería medieval y la romana se produce en sus respectivos métodos de construcción. El

¹⁷ Ver, ALZOLA Y MINONDO, P. “*Historia de las Obras Públicas en España (1899)*”. Madrid. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 1979.

medieval sin infraestructura y simple explanación o pavimentación sin firme. En este caso, se componía de dos hileras enlosadas en los márgenes desde los que regularmente partían otras líneas transversales de losas, en forma de rectángulos, rombos o la clásica espina de pez, rellenándose los huecos con cascajo.

En la época romana, siguiendo a Vitruvio o Plinio el Viejo, para construir las calzadas debían de abrirse “dos fosos paralelos, extrayendo la tierra entre ellos para hallar un firme, cubrir la zanja con una capa de metro o algo más, de la que la mitad aproximadamente fuese de piedras planas unidas por mortero o barro, unos 25 cms. de una especie de betún de pequeñas piedras o ladrillo que le diese impermeabilidad y luego otra inerte y elástica más fina de mortero de cal procesado, que se cubría de un empedrado, flanqueado por dos andenes o aceras y las correspondientes cunetas.

Sin embargo, no parece que las diferencias entre época antigua y medieval sean tan agudas en relación a la construcción de puentes, aunque el número y la monumentalidad de las piezas romanas sea difícilmente comparable con las medievales. El poderío romano debía quedar igualmente patente en estas obras de ingeniería y, por otra parte, los avatares políticos y militares de la Edad Media, penalidades y peligros que sufrían los peregrinos a Santiago, motivaron a Santo Domingo de la Calzada a construir un puente, y, probablemente a reconstruirlo a San Juan de Ortega.

2.3. La Edad Moderna.

Otro ejemplo también llamativo, y siglos más tarde de lo acontecido en Éfeso, lo encontramos en plena Edad Moderna, dónde queda acreditado igualmente, que los contratos de obras públicas han supuesto casi siempre una constante inestabilidad en los Presupuestos del Estado.

En nuestro país¹⁸, las obras realizadas desde finales del siglo XV hasta los principios del XVIII por la Monarquía española, constituyen una prioridad para las Coronas de Aragón y Castilla, primero, y la Monarquía de los Austrias españoles después para la defensa de sus reinos, desde Cataluña y el Levante español hasta Sicilia, Nápoles o Milán y desde las Islas Baleares y Cerdeña hasta los enclaves en el Norte de África.

Protagonistas de esta hazaña fueron los artífices que trabajaban a las órdenes de los monarcas españoles, como súbditos de pleno derecho, fuesen milaneses, napolitanos, sicilianos, flamencos, valencianos, aragoneses o castellanos, servían todos a su Rey.

¹⁸ En Francia data de 1683, la famosa carta de Sebastián Le Preste de Vauban, Comisario de Fortificaciones de Luis XIV al Ministro francés de la Guerra en la que ya ponía de manifiesto aquello de "... Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista pierde, supone lo mismo que un naufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello [...]”.

Éstos técnicos viajaban entre las posesiones de la Monarquía hispánica, poniendo en práctica teorías y las ideas más avanzadas de la época.

Todo ello convirtió al Mediterráneo español en un foro dónde se produjo el mayor flujo de las mejores ideas del momento.

En el siglo XVI, durante el imperio de los Aústrias y siendo España el centro geopolítico mundial, se cambia el concepto de defensa y el territorio, fortificándose el litoral, publicándose asimismo, el primer mapa particular de Valencia, en esta hoy Comunidad Valenciana; la ingeniería del período de los Aústrias en su ámbito: militar, náutico, hidráulico o civil ha dejado numerosas obras como las presas de Tibi y Elle, las más importantes del mundo en su época.

El sistema administrativo más común, era el de ejecución por contrata, ajustándose la obra en una suma fija concertada previamente. Este tipo de tanto alzado era frecuente su utilización en el Reino Unido y EE.UU.

El sistema de tanto alzado exigía que la obra estuviera de antemano, perfectamente definida, además de excluir toda modificación del proyecto una vez iniciados los trabajos; cualquier alteración de lo estipulado era objeto de *rex nova*, suponiendo la rescisión del contrato anterior; y la consiguiente alteración de las obras, otorgando al contratista la posibilidad de reclamar económicamente por los perjuicios ocasionados.

Hasta el siglo XVIII, no se pone en marcha una política viaria en España, con la consecuente búsqueda de fórmulas de financiación. Los primeros caminos realizados bajo el reinado de Fernando VI se financiaron con cargo al presupuesto, aunque para su mantenimiento se percibían portazgos, hoy denominados: peajes.

Es en 1761, cuando puede considerarse en España la existencia del primer Plan de Carreteras, y que configuraba una red radial que hoy perdura. Su objetivo era facilitar el comercio de unas provincias con otras, iniciándose por Andalucía, Cataluña, Galicia y Valencia, financiándose a partir de un impuesto sobre la sal aplicado en los reinos por dónde se construían los caminos.

En lo que concierne a las vías navegables no podemos olvidarnos del Canal de Castilla como ejemplo notable y significativo, tal y como fue concebido por el Marqués de la Ensenada y sus colaboradores a mediados del siglo XVIII. Se trataba de una obra pública destinada al servicio del fomento del comercio interior y contra el aislamiento físico de los viejos reinos castellano leonés, ofreciéndoles una salida al mar por el Puerto de Santander.

Las obras se iniciaron en Julio de 1753, deteniéndose su avance por desavenencias de sus responsables, hasta que en 1792, se dieron por concluidas las obras del tramo inferior del Canal del Norte. Tras muchas dificultades, en 1849 se concluyeron las obras del ramal de Campos, llegando sus aguas hasta Medina de Rioseco. Su puesta en funcionamiento aumentó la producción cerealística, se creó una burguesía harinera, Valladolid se industrializó y Santander se hizo puerto grande.

El hecho de que no se cumplieran: la completa definición de la obra y la ausencia de modificaciones, contribuyó al descrédito y motivó el abandono del ensayo de este método efectuado en España en la primera mitad del siglo XIX.

La llegada del Ferrocarril en 1860, puso fin a las expectativas del uso de los canales castellanos como vía de navegación. Fue un breve período de esplendor, con casi 400 barcazas atravesando el corazón de Castilla hacia el mar; un anhelo de los hombres de las tierras de secano.

Tras la implantación del ferrocarril, el canal se convirtió al regadío en 1909, utilizándose para unas 70.000 ha, además de fuente de abastecimiento de agua potable a poblaciones de las comarcas de Valladolid y Palencia. A partir de 1959, el consecuente deterioro de la obra civil, ha dejado sus restos como interés paisajístico y urbano para los municipios ribereños.

2.4. La legislación de obras públicas a partir del siglo XIX.

2.4.1. Legislación hasta la adopción de la Ley de Contratos de 1965.

Como ha podido observarse, los contratos de obras públicas habían supuesto casi siempre una constante inestabilidad en los Presupuestos del Estado, y prácticamente, esto no había hecho más que empezar.

Administrativamente, España comienza a iniciarse con el Real Decreto de 30 de Noviembre de 1833, dirigido a los Subdelegados de Fomento, sobre la división civil del territorio español de la Península e Islas adyacentes en 49 provincias. Le sigue, la Ley de 17 de Julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público, cuya legislación era bastante incompleta y viciada.

El 2 de Noviembre de 1844, se publica en la Gaceta de Madrid, el informe Subercase, redactado por el Inspector General, Juan Subercase y el Ingeniero Calixto Santana. Fue el inicio de nuestra red de ferrocarriles, y en el mismo se tomó la famosa decisión relativa al famoso ancho ibérico de “seis pies castellanos”.

Han transcurrido ya casi 170 años con el error histórico de los 6 pies castellanos en relación al ancho tradicional: U.I.C (Union Internationale des Chemins de Fer). Durante el reinado de Alfonso XIII, se intentó el cambio oponiéndose por su alto coste las compañías de ferrocarril.

Años más tarde en 1988, con el Gobierno socialista, se intenta de nuevo, pero con igual resultado, pero ya con la ventaja de que los trenes adquiridos por RENFE, pueden cambiar de ancho, previo paso por el taller.

Es previsible, que en las próximas décadas se facilite el problema, gracias a las reformas de las líneas convencionales a las de Alta Velocidad.

Con el Real Decreto de 10 de Octubre de 1845, se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, definiendo éstas: como las destinadas a la

comunidad y al uso público, relacionándose así de forma directa con el concepto de dominio público. Tres son las notas que caracterizan este concepto de obra pública de 1845:

- Actuaciones encaminadas a su realización, partiendo de una situación inicial y la obtención de un resultado final.
- Dicho resultado se destina a la colectividad, que son los titulares mediatos de la obra pública.
- El titular inmediato de la obra pública es la Administración en sus diferentes facetas, que a través del resultado final, traslada éste a la comunidad (intereses generales).

Continuando con el carácter administrativo español, otra de las referencias más cercanas las encontramos en un Real Decreto promulgado el 11.01.1886, relativo al Pliego de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas, recogiendo en sus estipulaciones, la realización de obras a precio fijo, pactado previamente y sin considerar otros elementos tal y como, actividades o medios auxiliares utilizados para la obra en cuestión.

Es en la nueva reglamentación de 1886, donde encontramos la génesis propiamente dicha del “modificado de obra”: el Art.46, recoge respecto de los precios no recogidos en el Proyecto “Cuando se juzgue necesario emplear materiales ó ejecutar obras que no figuren en el presupuesto de la contrata, se valorará su importe a los precios asignados a otras obras o materiales análogos, si los hubiere, y cuando no, se discutirán entre el Ingeniero y el contratista, sometiéndolos a la aprobación superior si resultase acuerdo. [...]”.

Cuando no hubiere conformidad para la fijación de estos precios entre la Administración y el contratista, quedará éste relevado de la construcción de la parte de la obra de que se trata, sin derecho a indemnización de ninguna clase, abonándole, sin embargo, los materiales que sean de recibo y que hubieren quedado sin empleo por la modificación introducida”.

El Pliego General de Condiciones de 10.07.1861, contemplaba igualmente como causa de rescisión contractual, el supuesto de que durante la ejecución de las obras, los precios sufrieran un incremento notable referido a la “mano de obra”, pendiente de ejecutar, siempre y cuando, lo faltante fuese superior a una cuarta parte del importe total estipulado.

a) Primera mitad del siglo XX.

El 13 de Marzo de 1903 (Dic. 4778), se aprueba, únicamente con pequeñas modificaciones respecto a su antecesor, un nuevo Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas. El legislador se limita en su tarea por un lado a modificar en parte su redacción, y por otro a aglutinar artículos dispersos de similar contenido. A la ya conocida cláusula de resolución contractual por modificaciones del

presupuesto del anterior Pliego del 10.07.1861, se añade otra relativa a “modificaciones” de las cantidades de obras que supusieran una variación (+ó-) de un 20% del total.

Lo cierto es que en el Pliego de 1903, aparecen ya todas las cuestiones que se presentarán en la jurisprudencia de manera reiterada en nuestra legislación de contratos hasta nuestros días, tal y como vamos a ver a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, cabe destacar el tema las obras ejecutadas en exceso. En el Art.11 de dicho Pliego aparecía en términos claros y precisos que no dejaban lugar a dudas que las obras se construirán con estricta sujeción al proyecto y que no tendrá derecho el contratista al abono de las obras que ejecute en contravención a éste, a no ser que justifique presentando la Orden escrita del Ingeniero, que éste, dentro de sus atribuciones, le ha ordenado llevarlas a cabo, y en tal caso le serán de abono con arreglo a los precios de contrata.

Evidentemente ya entonces se recordaba que la Administración debía pagar las obras que había encargado¹⁹. Del mismo modo, el T.S. dejó claro que el contratista no podía reclamar el coste de las obras que acometía sin seguir las órdenes de la Administración²⁰. Es interesante señalar un asunto de 1948, sobre el pago de obras

¹⁹ Ver S.T.S., de 21 de Junio de 1932, Ar.2803, se contrató la ejecución de un matadero municipal con sujeción a un presupuesto que señalaba el precio de cada una de las unidades de que el edificio había de constar, y observado durante el curso de la obra por el contratista que ese presupuesto adolecía de errores y que venía obligado a construir, sujetándose a los planos mayor cantidad de la calculada, promovió la oportuna reclamación resuelta según aparece de certificación librada por el Secretario, por acuerdo que adoptó el Pleno de la Corporación municipal, en sesión extraordinaria convocada al efecto y celebrada el 30 de Julio de 1928, en que textualmente dispuso, con auencia de todos los concejales, excepto uno, <<acordar el pago del exceso de obra que resulte en la construcción del matadero municipal, en relación con la figurada en el presupuesto de contrata, una vez que, terminadas las obras, se practique una medición que arroje la liquidación final que se haya de efectuar, acuerdo que quedó firme y consentido y que suponía la existencia de una obligación contraída por la Corporación de satisfacer los excesos de obra que resultasen cuando se hubiesen cumplido las tres condiciones de terminación, medición consiguiente y liquidación final de la mencionada obra. El T.S., aclaró que la liquidación final, llevada a cabo de un modo oficial era requisito indispensable, a tenor del acuerdo firme adoptado por el Ayuntamiento el 30 de Julio de 1929, para que la Corporación municipal abonase el exceso de obra de que esa liquidación aparecía, pero puntualizó que el Ayuntamiento ante la instancia del contratista en reclamación de la cantidad que aseguraba se le adeudaba, debió ordenar la inmediata práctica de la referida liquidación. Por ello al recurrente se le debe reconocer y pagar la cantidad que reclama. Por eso añadía que “no le es lícito dejar de adoptar con toda urgencia las medidas necesarias para que tal liquidación se efectúe demorando su práctica indefinidamente y, por eso, ante su silencio, que sólo en este sentido cabe interpretar, y ante el agravio que al derecho reconocido al contratista por el mismo Ayuntamiento de abonarle las cantidades que excedan de la obra propuesta supone la resistencia pasiva a que la liquidación se realice”.

²⁰ Ver a este respecto 1º) La S.T.S., de 25 de Noviembre de 1933, Ar.578, donde se discutía que el aumento de la obra introducida por acuerdo de las partes contratantes y del ingeniero Director de las obras se le abonase. El T.S., dice que el Ayuntamiento no debía pagar porque no fue objeto de petición ni decisión en vía gubernativa teniendo en cuenta la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa con lo que no existía resolución que causase estado. Además precisaba el T.S., que aunque no se hubiera producido este obstáculo legal insuperable según la condición tercera del pliego de las económicas que rigió la subasta, el contrato se hacía a riesgo y ventura, no pudiendo el contratista realizar aumentos de obra ni llevar a cabo variación alguna de las condiciones facultativas salvo que a juicio del ingeniero se considerara indispensable alguna ampliación o modificación de obra, en cuyo caso se llevaría a cabo previa orden escrita del mismo y poniéndolo anteriormente en conocimiento de la Alcaldía. Y de

ejecutadas en exceso sobre las proyectadas en el presupuesto primitivo por el contratista en un proyecto de distribución de aguas en el protectorado español de Marruecos. La Presidencia del Consejo de Ministros dictó varias órdenes negando el pago al contratista por dichas obras, tras realizarse una inspección tras la cual habían quedado dudas sobre si debía pagarse al contratista determinadas obras consideradas anormales. En el Pliego de Condiciones para la realización de las obras firmado en 1927, nada se previó ni pactó en cuanto a la ejecución, liquidación y pago de las obras que el contratista por sí ejecutase en exceso de obra, por lo que el T.S acude para resolver esta cuestión al Pliego de Condiciones Generales que sancionó el Real Decreto de 13 de Marzo de 1903 y como supletorias a las normas de Derecho común... Por lo que, como el contratista no ha presentado, ni alegado siquiera, que el Ingeniero encargado de la inspección de las obras le diese la orden escrita, las obras de más que realizó sobre las proyectadas y contratadas, no pueden declarársele de abono, ya que el cumplimiento de tales requisitos

nada de lo cual había la menor constancia en el expediente, como no la había siquiera de que aun prescindiendo de tales requisitos necesarios, se hiciera aumento alguno de obra, ignorándose igualmente si de haberlo habido se había o no comprendido en la liquidación del ingeniero director antes mencionado; 2º) La S.T.S., de 21 de Mayo de 1945, Ar.618, al liquidar las obras de construcción de una Casa de correos y telégrafos resultó que su importe había excedido en una considerable cantidad en que la se adjudicó. El Consejo de Ministros denegó al contratista el abono del exceso de obra, al tratarse de obra hecha en cuanto al exceso sin orden escrita del arquitecto director y sin la previa formal autorización de la superioridad. Contra dicha resolución se interpuso recurso por los síndicos de la empresa contratista que estaba quebrada y acabó desistiendo de la acción y un tercero que mantuvo el recurso invocando en la demanda como razón de su presencia en el pleito el ser cesionario del crédito objeto de reclamación. El T.S., rechazó la reclamación primero por la inconsecuencia que suponía perseguir juntamente con la Sindicatura de la quiebra y bajo la misma representación y defensa la satisfacción de un derecho que de ser cierta la transmisión, ya no podía pertenecer al contratista ni consiguientemente a la masa de la quiebra, pero además señaló que ni en el expediente, ni en autos existía documento ni otra clase de prueba que acreditase la cesión con lo que no existía prueba de un derecho vulnerado lo cual suponía que faltaba la existencia de un derecho administrativo vulnerado, requisito que exigía el Art.1.3 de la L.J.C.A., para entrar a juzgar y 3º) S.T.S., de 6 de Febrero de 1948, Ar.178. También se puede hacer referencia a la S.T.S. de 7 de Diciembre de 1935, Ar.2295, relativa a una liquidación presentada por el arquitecto director de las obras de construcción del nuevo edificio destinado al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, obras que no figuraban entre las proyectadas. Se reconocía la realidad del exceso de obra ejecutada sobre la proyectada que no había sido objeto de previa aprobación, satisfecho por el contratista recurrente, y a pesar de los informes obrantes en el expediente de la Junta Facultativa de construcciones civiles y de la Intervención general de la Administración del Estado, e independientemente del criterio en cuanto a equidad. Desde el punto de vista práctico produjo cierta litigiosidad la aplicación del Art.12, del pliego de 4 de Septiembre de 1908. El Art.12, preceptuaba de modo terminante que toda obra se ejecutaría con estricta sujeción al proyecto que haya servido de base a la contrata, a las modificaciones del mismo proyecto previamente aceptadas por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, y a las órdenes e instrucciones que, bajo su responsabilidad y por escrito entregue el arquitecto al contratista, y siempre dentro de la cifra a que asciendan los presupuestos aprobados, y que no tendrá el contratista derecho al abono de las obras que ejecute en contravención a estos preceptos, fijando por medio bien explícito y claro cuáles son éstos y la sanción para el caso de su incumplimiento; sin que, por otra parte, sea posible resolver en favor del recurrente, según indica la Intervención general de la Administración del Estado, por analogía a lo establecido para casos de fuerza mayor, porque éstos se hallan definidos con toda precisión en el Art.47 del Pliego General y limitado al incendio por electricidad atmosférica, terremotos o vientos huracanados, movimiento del terreno de la obra y destrozos a mano armada por guerra, sedición popular o robo tumultuoso, sin que puedan extenderse a más, y porque nada pudo oponerse ni se ha intentado siquiera probar que se opusiese a que el contratista recurrente, conocedor como nadie de la marcha de las obras y del importe del gasto semanal de las mismas, solicitara del arquitecto órdenes e instrucciones por escrito para efectuar los originarios de excesos o, lo que hubiera sido mejor, al ampliación del proyecto, con lo que hubiera evitado el riesgo que ha afrontado.

son de garantía ineludible en bien del servicio público y de la Administración, sin que el no pago y apropiación por ésta de tales obras implique enriquecimiento torticero por no presuponer en la Administración el empleo de aquellos medios reprobables que implica, según la doctrina del T.S (S.T.S de 24 de Junio de 1930) toda adquisición torticera, pues no pueden merecer este calificativo el ejercicio de derechos nacidos de convenios lícitos que no van contra la moral y buenas costumbres, pues <<*non face tuerto* a otro quien usó de su derecho>> regla catorce del Título treinta y cuatro de la partida séptima y Sentencias de este mismo T.S de 19 de Diciembre de 1864 y 3 de Marzo de 1883. Su Art.43 se menciona en un asunto de 1977, muy alejado en el tiempo²¹.

También en 1903 aparece regulada la cuestión de la supresión y reducción de obras al disponerse en el Art.46 del Pliego de Condiciones Generales de 1903, que caso de supresión o reducción de obras, cuya facultad se concede a la Administración siguiendo el principio de *ius variandi* establecido en el artículo, el contratista no tiene derecho a reclamar <<ninguna indemnización a pretexto de pretendidos beneficios que hubiese podido obtener en la parte reducida o suprimida>>, precepto citado en una Sentencia de 1968²².

²¹ Ver S.T.S., de 24 de Febrero de 1977, Ar.774. El Ayuntamiento de Burgos aprobó un proyecto de viales para un polígono industrial redactado por la empresa EPTISA que tenía por objeto la pavimentación de unas calles. La empresa cometió un grave error al redactar el proyecto (falta de tierras suficientes para ejecutar la obra de un terraplén). Se advierte que dicho error, aunque fuera importante, no alcanzaba los porcentajes previstos en el Art.54 del R.C.C.L., y en los Arts.43 y 52 del Pliego aprobado por Decreto de 13 de Marzo de 1903, que constituyen las normas del contrato, y en cualquier caso la sociedad adjudicataria en ningún momento intentó su resolución, procediendo a ejecutar las obras sin protesta alguna al municipio. El Ingeniero ordenó levantar el realizado en las calles 12 y 15. Estas tierras se aplicaron después a rellenos en espacios verdes y como tal a 23 ptas., las valora el Ayuntamiento en su certificación. La empresa urbanizadora pretende su pago, sin embargo, como terraplén en zonas laterales con producto de préstamos, alegando que el levantamiento fue por causas imputables al Ayuntamiento, ya que las tierras no reunían las condiciones previstas en el proyecto, mientras que la Corporación sostiene que fue –más bien- por defectuosa ejecución. Puede señalarse por anticipado no obstante, que la cuantía de esta petición no es compatible con la explicación del levantamiento dada por la empresa actora, pues si se debió a la mala calidad de las tierras del polígono, nunca podía serles aplicado el precio que solicita, incluso desde el mismo planteamiento de la demanda. En toda esta cuestión se ha implicado un complejo debate en torno a los razonamientos que sobre la capacidad portante de los terrenos se hacen en el anejo 6 de la memoria. Es indudable el confusiónismo de dicho texto, en el que falta al parecer un párrafo por error mecanográfico, pero esta Sala no puede suscribir las absolutas conclusiones de la demanda y ni siquiera las del informe realizado en autos. Es así indudable que dicho párrafo incide en error al decir que la muestra nº 5 fue elegida entre las de peor calidad de las encontradas, pero este error resulta obvio si además se examina –los técnicos de las empresas deben examinar toda la documentación antes de concurrir a las contratas- el estudio de suelos que figura en el anejo 4 de la misma memoria. En cuanto a la capacidad portante de los terrenos será seguramente imposible armonizar técnicamente los razonamientos del párrafo en examen con los Arts.3.1.1, 4.2.3, 4.2.5 y 4.2.9 del Pliego de Condiciones Técnicas, pero jurídicamente debe darse preferencia a éstos, dado el valor subordinado que la memoria atribuye al Art.43 del Pliego de 1903. En cuanto a los artículos, citados del Pliego de Condiciones Técnicas, no parece que fueran en sí mismos, máxime tratándose de cláusulas típicas, origen de incertidumbre durante el desarrollo de las obras, o al menos, así no se infiere de la respuesta dada por el Ingeniero de la empresa.

²² Ver S.T.S., de 4 de Mayo de 1968, Ar.3963. Aprobado por la Dirección General del Instituto Nacional de la Vivienda el proyecto de construcción presentado por el Ayuntamiento de Cáceres, como promotor para la edificación de 66 viviendas de renta limitada y 10 locales comerciales. Fueron adjudicadas a Comylsa. El Ayuntamiento pagó el tipo de adjudicación. Se dice que con respecto a las modificaciones efectuadas en la obra por la Dirección Facultativa, supresión de la instalación de fuerza prevista en el Presupuesto y la sustitución del ascensor y montacargas proyectados por dos ascensores de distintas

Otro tema importante es el que hace referencia al modo de fijar precios contradictorios para obras no previstas, regulado en el Art.48 del Pliego de 1903. Este precepto establecía que cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar obras que no figuren en el presupuesto de la contrata, se evaluará su importe a los precios asignados a otras obras o materiales análogos si los hubiere, y cuando no, se discutirán entre el ingeniero y el contratista, sometiéndolos a la aprobación superior si resultase acuerdo²³. En un asunto de 1978, se dice que este precepto introduce tres posibilidades

características y mayor coste que aquéllos, solicitando la contrata el abono de la unidad suprimida, así como de la diferencia de coste con respecto a los aparatos elevadores, el T.S. resuelve la improcedencia de la primera petición ya que de acuerdo con el Art.53 del R.C.C.L., será obligatoria para el contratista la aceptación de variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los Pliegos de condiciones ni los precios establecidos, habiéndose aceptado por otra parte por la sociedad demandante la supresión de que se trata, pues no formuló reclamación alguna, recordándose el Art.46 arriba citado. El T.S., estima en cambio la segunda de las pretensiones pues al reconocerse por el Arquitecto Director de las obras que la sustitución de los aparatos elevadores fue ordenada por él, y oponiéndose únicamente a la percepción por la contrata de la diferencia de coste en el acta de liquidación definitiva, aceptadas las características de los instalados, la similitud de aquéllas entre estos y el ascensor que se describía en el Proyecto, Presupuesto y Pliego de condiciones adicionales que los modificó en este punto, según informe del Ingeniero Jefe de la Delegación de Industria, recabado por el T.S., para mejor proveer, funcionario de cuya competencia fue precisamente la aprobación del proyecto y la autorización del funcionamiento de los aparatos, las características de los instalados son superiores a las previstas en los pliegos de condiciones por lo que el Ayuntamiento debe satisfacer la diferencia de su importe, sin que pueda aceptarse como tal el que figura en el presupuesto de la Casa de Gaspari, que fue la que los instaló, puesto que según el informe pericial antes mencionado y del que se interesó de la misma Delegación de Industria en período de prueba, a instancia de la parte actora, los ascensores colocados no respondieron al proyecto de dicha casa, teniendo que admitirse como precio de coste, a falta de la fijación en forma contradictoria, el que se señala en el dictamen pericial antes citado. El T.S., confirma pues la pretensión del recurrente de acceder a su pretensión de pago al constructor recurrente de una cuantía por una diferencia del coste de los elevadores instalados respecto al valor o precio de los proyectados.

²³ En S.T.S., de 21 de Diciembre de 1967, Ar.4662 (sobre un proyecto de captación y conducción de aguas de abastecimiento de los Santos de Maimona (Badajoz). Se realizan trabajos de excavación para la cimentación del depósito de agua distintas de las iniciales), se aclara: "... valuación en consecuencia que por sus características no podía hacerse de forma unilateral como se pretendía por el recurrente, que por otra parte no había sido discutida con el ingeniero, ni sometida a la aprobación de la Comisión provincial de Servicios Técnicos en concepto de órgano superior, por lo que en este aspecto la resolución recurrida que deja a salvo el derecho del contratista a percibir el importe de las obras que ha repetido por razón del cambio de emplazamiento del depósito, extremo que ha de resolver la referida Comisión, es ajustada a derecho. Que asimismo lo es en cuanto desestima el resto de peticiones referidas a los conceptos de importe de nivelación efectuada en el piso del depósito, por cuanto no existe prueba alguna en autos respecto a la necesidad de su realización fuera del proyecto concebido. Tampoco se probó la necesidad de los conceptos de importe de válvulas de retención, forjado de piso y empleo de vigas de hierro, carente todo ello asimismo de sustentación probatoria ni apoyo en fines distintos que los del proyecto inicial presentado". Ver también S.T.S. de 15 de Junio de 1972, Ar.2706, sobre acondicionamiento, ensanche y mejora del firme de una carretera, introduciéndose por orden de la dirección técnica diversas modificaciones en el proyecto elaborado, lo que llevó consigo un mayor volumen de obra ejecutada, procediéndose por la Administración a confeccionar, terminadas las obras por tal reformado, un proyecto adicional que elevó el presupuesto. En el transcurso de realización de la obra fueron introducidas alteraciones sustanciales a causa de que el Proyecto primitivo elaborado era deficiente, lo que produjo el consiguiente aumento de costos, ya que todas las variaciones se efectuaron por orden de la Dirección Técnica, si la primera irregularidad ya se cometió en el replanteo por no tener lugar la expropiación de los terrenos debido a que el expediente no fue remitido a la Dirección General de Carreteras hasta el mes de Agosto de 1964, no siendo desalojados algunos edificios hasta casi el final de los trabajos, sin que en el proyecto figurase partida alguna para estas demoliciones, en el mismo sentido destaca haber realizado en determinados tramos, ordenada por la Dirección Facultativa, una escollera especial, diferente a la ordinaria prevista en el Pliego de Condiciones, la cual supone una obra de mampostería con grandes

perfectamente diferenciadas para ser aceptadas por el contratista: Una primera que admite la posibilidad de fijación del precio, de mutuo acuerdo entre el Ingeniero y el contratista, sometiéndolos a la aprobación superior si resultase acuerdo, cuando no existiere medio comparativo para su fijación con base a los precios asignados a otras obras o materiales análogos; 2º) La posibilidad atribuida al contratista, si los precios fijados no le conviniesen, de no aceptar, quedando relevado de la construcción de la parte de obra de que se trate; 3º) Una tercera en que el precio convenido entre ingeniero y contratista no haya sido objeto de aprobación superior, en cuyo caso se entenderá que el contratista se conforma con los que fije la Administración, supuesto al que ha de equipararse el caso de la falta de conversaciones entre ingeniero y contratista, como era el de autos, pero con ello la Administración, en su actividad para la fijación del precio para obras no previstas en contrata, no quiere significarse que actúe con potestad absoluta e individualizada en la determinación del precio, esto es, discrecionalmente, sino que en su concreción ha de tenerse en cuenta los precios asignados a otras obras o materiales análogos y no se puede olvidar, dados los términos de la norma, y su ámbito de aplicabilidad a todo el territorio nacional, que el módulo comparativo para su fijación se ha de producir como hecho necesario con base a los precios de otras contratas análogas²⁴.

bloques, y si el presupuesto tuvo en cuenta tan sólo el coste de la ordinaria, y lo mismo ocurrió en otras variaciones, en metros cúbicos y calidad de áridos echados para la sub-base, en perfiles, todo ello con el consiguiente aumento de costos, y que han rebasado el 20% del Presupuesto inicial, otra de las cuestiones discutidas es si la Administración incumplió el Pliego de Condiciones generales de 1903 Dic.4778, por no haberse fijado los precios, para las obras no previstas, contradictoriamente, ni efectuado la medición con asistencia del interesado, y por ello se opone a la valoración final del proyecto reformado y a la resolución que lo aprobara. Solicitaba que la Administración le indemnizase de todos los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. SS.TS de 25 de Junio de 1948, Ar.993, de 28 de Marzo de 1960, Ar.1359, y 27 de Enero de 1972, Ar.281, Dirección Facultativa, que produjeron un mayor volumen de obra, reconocido por la propia Administración hasta el extremo de confeccionar, para convalidar el gasto después de estar ejecutado, el proyecto reformado, si hubo infracción o no de las Condiciones Generales de 1903, por la medición general efectuada sin la asistencia del contratista y un retraso en la ejecución de la obra, imputable a la Administración, que repercutió en los precios que se calcularan en el proyecto primitivo, así como por el empleo de unidades o elementos nuevos cuyos precios no estaban fijados en el proyecto de contrata y que fueron fijados a posteriori unilateralmente por la Administración en el proyecto reformado y no de un modo contradictorio.

²⁴Ver S.T.S. de 20 de Abril de 1978, Ar.1420, proyecto de reformado de las obras de acondicionamiento, ensanche y mejora del firme de una carretera comarcal. El Ingeniero Jefe de la Jefatura de Obras Públicas de Oviedo emitió informe en el que se exponían ciertas dificultades de orden técnico, en el referido proyecto, lo cual exigiría una expresada vigilancia en su ejecución, con previsión de soluciones para cada supuesto, a través del servicio de construcciones. Se llegó a la conclusión de un mayor volumen de obras ejecutadas con la necesidad de redactar un proyecto reformado que fue aprobado por la Administración. Se constata la existencia indubitada de un exceso notable de obra ejecutada respecto de la inicialmente contratada en el proyecto inicial y de obra nueva, de acuerdo con un informe del Ingeniero Jefe del Servicio de Construcciones de Oviedo, en virtud de modificaciones impuestas por la Dirección Facultativa, ordenados generalmente *in situ* como derivación de las dificultades de orden técnico en su realización : taludes, escollera, así como la necesidad de realizar sucesivos replanteos parciales. Se constata la existencia de otras obras que han supuesto modificación de las primitivas proyectadas, impuestas al amparo del Art.11 del Pliego de 1903, basadas en imperativos técnicos y otras derivadas de las necesidades surgidas en el período de ejecución, no reflejadas en el proyecto inicial, que tienen la conceptualización de nuevas, esto es, ampliatorias del proyecto original. Explica el T.S., que tanto respecto de las obras de modificación como de ampliación, al tiempo de imponerse su realización por la Administración, resulta indiscutible su abono –Art.31 del Pliego de 1903-, es cuestión fuera de toda duda, pero lo que indudablemente debe proceder la Administración en adecuada conformación con la norma, a establecer la plena separación entre aquellas obras que implican simple modificación o son accesorias y

Igualmente aparece un asunto de gran transcendencia en este terreno: la indemnización al contratista por enriquecimiento injusto. En el caso de suspensión del contrato por una modificación sustancial, es muy interesante el caso del Embalse de Retuerta²⁵. El Supremo dio la razón a la empresa contratista que solicitaba una indemnización. Comienza el Alto Tribunal aclarando que como consecuencia de la conjugación de las fechas expuestas, el régimen jurídico rector de las relaciones derivadas del contrato primitivo, de acuerdo con la Disposición Final 13 de la Ley de 8

las que comportan ampliación (según el Art.48.1 del Pliego de 1903, son las no previstas, es decir, cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar obras que no figuren en el presupuesto de la contrata) y que surge la necesidad de su realización durante el período de ejecución, en cuanto no previstas en el proyecto, pues el régimen jurídico y económico es diferente tanto en lo que se refiere a su ejecutoriedad como al criterio valorativo, de ahí las previsiones del legislador contenidas en el Art.48 del Pliego de 1903.

²⁵ Ver S.T.S. de 18 de Octubre de 1979, Ar.3371, Ponente: D. JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ. Por orden de 14 de Noviembre de 1.964 se adjudicó a la Empresa "S.A.PORTÓLES Y COMPAÑÍA", hoy "PORTÓLES Y COMPAÑÍA, S.A." (SAPYC), la contrata para la ejecución de las obras comprendidas en el "Proyecto modificado del replanteo del Embalse de Retuerta", por un importe, a la baja, de 131.124.971,91 ptas., ordenándose en 13 de Junio de 1.966, por la Administración al contratista la suspensión de la ejecución de las obras, al haber surgido dudas sobre la exactitud de las conclusiones del informe geológico del terreno, que había servido de base al proyecto, acatando esta orden el contratista sin formular protesta ni reserva algunas, y, realizados los estudios del nuevo proyecto, por resolución de 18 de mayo de 1.968 fueron aprobados, optándose por cambiar el tipo de presa proyectada, que lo era del sistema "de gravedad", por otro de "materiales sueltos", por lo que, no pareciendo conveniente a los intereses del Estado la ejecución de las obras objeto de la contrata adjudicada a la Empresa mencionada, "ya que se precisaría la fijación de precios contradictorios de gran repercusión económica", y para poder aplicar el contrato otorgado a favor de dicha contratista, en la medida de lo posible, se incoó el oportuno expediente de modificación del contrato primitivo, elaborándose un presupuesto desglosado por un importe líquido de 96.155.158, 20 ptas., informado favorablemente la posibilidad de esta modificación aceptada por la contratista, tanto la Asesoría Jurídica del Departamento Ministerio y el Consejo de Obras Públicas, como la Comisión Permanente del Consejo de Estado (dictamen número 37.994 de fecha 17 de Febrero de 1972), antecedentes inmediatos de la Orden Ministerial de 10 de Marzo del mismo año por la que se aprobó el "Presupuesto desglosado del modificado del Pantano de Retuerta(río Arlanza). Durante la tramitación de este expediente de modificación del contrato primitivo, continuaron paralizadas las obras iniciadas por la contratista, sin que ésta manifestara protesta alguna, incluso aceptando expresamente la modificación del contrato inicial. Reanudados los trabajos el 16 de Julio de 1.972, una vez dictada la repetida Orden y una vez habilitados los créditos necesarios, mediante instancia fechada el 16 de Octubre siguiente, SAPYC suplicó de la Dirección General de Obras Hidráulicas, el abono de "la totalidad de los daños y perjuicios producidos en razón de la paralización ordenada de las obras del Pantano de Retuerta, que se concretaba en la cantidad de 32.524.118,00 ptas., solicitud que fue desestimada. Para la ejecución del proyecto modificado del de replanteo previo del Pantano de Retuerta y proyecto de edificios auxiliares de la Administración, tratando para ello de combatir la tesis mantenida por los acuerdos controvertidos, que se inspiran en la conclusión de que actuando como norma rectora del negocio jurídico concertado entre recurrente y Administración, el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas de 13 de Marzo de 1.903, en virtud de lo establecido en la Disposición Final 19 de la Ley de 8 de Abril de 1.964 y no haberse hecho uso de la facultad rescisoria, de acuerdo con el artículo 47 en relación con el 54 del citado Pliego, la posibilidad indemnizatoria que se pretende carece de efectividad, en cuanto fue aceptada, sin protesta ni reclamación, la suspensión decretada y, el riesgo de la contratación administrativa es por "cuenta y ventura" del contratista, de modo que al proceder la suspensión, como consecuencia del *ius variandi* de la Administración, así como al no existir norma específica y aceptar la continuación de la obra, una vez reanudada, no existe obligación de indemnizar, criterio que no es compartido por el recurrente, pues aun admitiendo tal régimen jurídico como rector de las relaciones estima aplicable la normativa supletoria procedente del Derecho de la Contratación Civil, pues otra cosa equivaldría a un desequilibrio en las correspectivas obligaciones. SAPYC promovió recurso contencioso-administrativo ante la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid.

de Abril de 1.966, se centra en el Pliego de 13 de Marzo de 1.903, pero las consecuencias que se establecen por las resoluciones impugnadas, excluyendo como derivación de invocar una laguna, la posibilidad de resarcimiento de daños y perjuicios es demasiado excesiva, aun cuando se pretenda reforzar dicha tesis con la afirmación de una doble característica que como notas, hacen peculiares a los contratos del Estado: de un lado la facultad de suspender la obra, derivada del *ius variandi* de que es depositaria la Administración, y, de otro, que dichos contratos se inspiran en el principio de "riesgo y ventura" para los contratistas, conclusiones que no pueden aceptarse porque implican patente desequilibrio en la reciprocidad de las prestaciones, sin que la invocada laguna pueda estimarse admisible, ya que ante la ausencia de normas específicas, deben entrar en juego las que integran el régimen general de la contratación civil, como legislación supletoria de la administrativa en esta materia, pero a esta circunstancia que pone de manifiesto la plenitud del ordenamiento, es preciso adicionar el concreto reenvío que el C. Civil se hace por el Art.65 de la Ley de 1 de Julio de 1.911, doctrina confirmada por numerosas resoluciones S.T.S: 7 de Diciembre de 1.964, 30 de Septiembre de 1.965, 31 de Mayo y 6 de Abril de 1.966, 22 de Diciembre de 1.977.

A continuación pasa el Tribunal a explicar que tampoco obsta a la responsabilidad de la Administración, la concepción de que la contratación se lleva a efecto con la aceptación implícita del principio de "riesgo y ventura" por parte del contratista, pues no puede ser objeto de una interpretación tan arbitraria que excluya toda idea de responsabilizar a la Administración en ningún caso, ni en supuestos distintos a los de fuerza mayor previstos por el Art. 42 del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de Obras Públicas, y, concretamente, la obligación de indemnizar daños y perjuicios, cuando sean causados por incumplimiento o retraso culposos de sus obligaciones, existe, ya que tal principio, como reiteradamente se ha declarado por resoluciones de esta Sala, tiene determinados límites en cuanto que debe existir una reciprocidad en las pretensiones de tal forma que dentro de la normativa específica de la contratación de obras públicas debe concurrir una ponderada objetividad, así, aún operada una novación modificativa tan profunda como la acaecida en el supuesto de autos de modo que, la relación primitiva quedó cancelada, no se desliga la Administración de todas las consecuencias dimanantes del referido contrato, invocando el *ius variandi* de que se haya investida, y la alegación de la actitud o conducta del contratista que, al exceder la suspensión del año, Art. 54 Pliego 1.903 - que le permiten la rescisión, no hizo uso de esa posibilidad, posibilidad aunque ejercitada, que no elimina la facultad de obtener la correspondiente indemnización de que se creyese asistido por los daños y perjuicios que hubiese experimentado en su patrimonio a consecuencia del proyecto de obras que le fue originariamente adjudicado, aun cuando posteriormente optó por la ejecución del que fue modificado, cuando se ha reconocido explícitamente por la Administración que la suspensión de las referidas obras, por un periodo de seis años, fue debida a causa imputable exclusivamente a la misma.

Posteriormente en el caso de 1970, sobre aeropuerto de Los Rodeos²⁶. Se explica que el Ministerio del Aire modificó el programa inicial de ejecución de la obra, lo que

²⁶ Ver S.T.S. de 30 de Noviembre de 1970, Ar.4922, sobre ejecución del proyecto titulado "Ampliación y acondicionamiento del campo de vuelos del aeropuerto de Tenerife-Los Rodeos". La contratista aduce daños producidos por ser alterados los planes de ejecución de la obra. Por carta se comunicó una directriz

supone el ejercicio administrativo del *ius variandi*, precisamente porque reconsiderando la Administración el asunto, en común beneficio, sin duda, propio de la gestión administrativa, lo modifica en cuanto a las condiciones del contrato, también en virtud de un acto lícito que afecta o puede afectar a las prestaciones a que venía obligado el contratista, con vistas al interés general y público que a la Administración le está encomendado, pero que concluyendo un privilegio por su procedencia unilateral, característica de su actividad, hace que la Administración pueda o deba, en su caso, responder de los perjuicios de ese acto, típico de su poder, ya que, al entrañar esa modificación contractual, tiene que medir y aplicar el equilibrio financiero y, si a ello ha lugar, producir consecuentemente la indemnización al contratista para compensar el perjuicio económico en el caso de que se le hubiera irrogado, única manera de que no se perturbe la equivalencia de prestaciones en el contrato administrativo; situación jurídica ésta que indudablemente supone por sus características, una novación, como renovación de una relación obligatoria por otra, modificando la primera, como quitamiento que desata la obligación principal de la debida, en expresiva frase de la partida V.15, título XIV y que trastoca los términos objetivos del contrato y aún de la obligación, aun cuando fuere unilateral por virtud de la prerrogativa de la Administración, lo que no excluye la continuidad, dentro de su variante, de la situación contractual, y del nexo básico obligacional propio del negocio jurídico y de su causa, cuya unidad no se quebranta, y que fuerza a encajar éste, plenamente, en la normativa aplicable a los contratos administrativos.

La vida del Pliego de 1903, en la jurisprudencia llega hasta 1979, al resolver el T.S., un caso²⁷. El T.S., estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «P. y Cía., S. A.» contra resolución de la Dir. Gral. de Obras Hidráulicas de 8 Enero 1973, confirmada en alzada por resolución del M.º Obras Públicas de 4 Julio 1973, y anulando dichas resoluciones declara haber lugar a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración en la ejecución de las obras adjudicadas a la recurrente, al impugnarse los acuerdos denegatorios de 8 Enero 1973, dictado por la Dir. Gral. de Obras Hidráulicas, y 4 Julio de igual año, por el Departamento Ministerial correspondiente, por un importe total de 32.524.118 ptas. como derivación de los daños y perjuicios experimentados a consecuencia de la suspensión, durante un período de unos seis años de las obras que le fueron adjudicadas, el 14 Noviembre 1964, en la suma de 131.024.972,91 ptas., para la ejecución del «proyecto modificado del de

cambiando los planes a ejecutar de las obras en la pista auxiliar en sus fases de realización. Esto supuso una modificación indudable del planteamiento primitivo. Reconoce el Supremo que no nace de una fuerza mayor, que según conocidísima doctrina une los conceptos de imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad (SS.T.S., de 20 de Junio de 1916, 2 de Febrero de 1926, 2 de Enero de 1945, recogiendo el concepto romanista del Digesto, Libro IV, título II, Ley 2ª, *Vis est majoribus rei ímpetus qui repellit non pándose antes el ritmo lento otest*, o en Gayo, Libro I, párr. 4º, *Major casus est, cui humana infirmitas resistere non potest*) como hubieran podido ser un accidente telúrico o un movimiento sísmico u otro acontecimiento catastrófico, porque el accidente de aviación ocurrido en el aeropuerto de Los Rodeos en 5 mayo 1965 no constituye el hecho originario que por su fuerza ilativa con la obligación pueda ser la causa obstativa de su cumplimiento, tal como el concepto jurídico de fuerza mayor exige (S.T.S., de 4 de Junio de 1902), sino tan sólo una oportunidad experimental sin que, por estimarlo así prudencialmente la Administración y como consecuencia siempre indirecta del acaecimiento, que nada tenía que ver con las obras, le hizo adoptar la modificación del plan de trabajo como consecuencia de las dificultades surgidas de la puesta en servicio de la pista auxiliar.

²⁷Ver S.T.S. de 18 de Octubre de 1979, Ar.3371, Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Ruiz Sánchez.

replanteo previo del pantano de Retuerta y proyecto de edificios auxiliares de la Administración», tratando para ello de combatir la tesis mantenida por los acuerdos controvertidos, que se inspiran en la conclusión que actuando como norma rectora del negocio jurídico concertado entre recurrente y Administración, el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas de 13 Marzo 1903, en virtud de lo establecido en la Disposición Final 1.ª de la Ley de 8 Abril 1965, y no haberse hecho uso de la facultad rescisoria, de acuerdo con el Art. 47 en relación con el 54 del citado Pliego, la posibilidad indemnizatoria que se pretende carece de efectividad, en cuanto fue aceptada, sin protesta ni reclamación, la suspensión decretada y el riesgo de la contratación administrativa es por «cuenta y ventura» del contratista, de modo que al proceder la suspensión, como consecuencia del *ius variandi* de la Administración, así como al no existir norma específica y aceptar la continuación de la obra, una vez reanudada, no existe obligación de indemnizar, criterio que no es compartido por el recurrente, pues aun admitiendo tal régimen jurídico como rector de las relaciones, estima aplicable la normativa supletoria procedente del Derecho de la Contratación Civil, pues otra cosa equivaldría a un desequilibrio en las respectivas obligaciones, exponiéndose por la representación de la Administración, las argumentaciones contenidas en las resoluciones impugnadas e invocando como cuestión previa, la causa de inadmisibilidad prevista en el Art. 82.b) en conexión con el 33 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1956\1890 y NDL 18435).

Que como presupuestos determinantes de la normativa rectora de las relaciones entre las partes interesadas en el presente recurso, y las consecuencias indemnizatorias que se deducen por la recurrente, es preciso destacar como presupuestos integradores de la premisa menor: a) Las obras fueron adjudicadas por Orden de 14 Noviembre 1964, siendo firmada la escritura en 29 Enero 1965, b) La ejecución de las mismas se iniciaron en 25 Marzo 1965, siendo objeto de suspensión, paralizándose totalmente, por acuerdo de la Dir. Gral.de Obras Hidráulicas en 13 Junio del citado año, como consecuencia de dudas motivadas sobre la consistencia del suelo sobre el que se iba a asentar la presa, aprobándose nuevo proyecto para su construcción por el sistema de «materiales sueltos» en lugar de «gravedad», el 18 Mayo 1968, para lo cual se tramitó el oportuno expediente para modificación del contrato primitivo. c) Llevado a efecto el «proyecto modificado del de replanteo del pantano de Retuerta (Burgos)» fue ejecutado por el contratista reclamante que inició su reanudación en 16 Julio 1972, formulando la reclamación indemnizatoria por los daños y perjuicios causados en 16 Octubre 1972.

Que como consecuencia de la conjugación de las fechas expuestas, el régimen jurídico rector de las relaciones derivadas del contrato primitivo, de acuerdo con la Disposición Final 1.ª de la Ley 8 Abril 1965, se centra en el Pliego 13 Marzo 1903, pero las consecuencias que se establecen por las resoluciones impugnadas, excluyendo como derivación de invocar una laguna, la posibilidad de resarcimiento de daños y perjuicios es demasiado excesiva, aun cuando se pretende reforzar dicha tesis con la afirmación de una doble característica que como notas , hacen peculiares a los contratos del Estado: de un lado la facultad de suspender la obra, derivada del *ius variandi* de que es depositaria la Administración, y de otro, que dichos contratos se inspiran en el principio de «riesgo y ventura» para los contratistas, conclusiones que no pueden aceptarse porque implican patente desequilibrio en la reciprocidad de las prestaciones, sin que la invocada laguna pueda estimarse admisible, ya que ante la ausencia de normas específicas, deben entrar

en juego las que integran el régimen general de la contratación civil, como legislación supletoria de la administrativa en esta materia, pero a esta circunstancia que pone de manifiesto la plenitud del ordenamiento, es preciso adicionar el concreto reenvío que el C. Civil hace por el Art. 65 de la Ley de 1 Julio 1911 (NDL 536), doctrina confirmada por numerosas resoluciones -S. T. 7 Diciembre 1964 (R.J. 1964\5300), 30 Septiembre 1965 (R.J. 1965\4103), 31 Mayo y 6 Abril 1966 (R.J. 1966\2888 y R.J. 1966\2661), 22 Diciembre 1977 (R.J. 1977\4803).

Que tampoco obsta a la responsabilidad de la Administración, la concepción de que la contratación se lleva a efecto con la aceptación implícita del principio de «riesgo y ventura» por parte del contratista, pues no puede ser objeto de una interpretación tan arbitraria que excluya toda idea de responsabilizar a la Administración en ningún caso, ni en supuestos distintos a los de fuerza mayor previstos por el Art. 42 del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de Obras Públicas, y, concretamente, la obligación de indemnizar daños y perjuicios, cuando sean causadas por incumplimiento o retraso culposo de sus obligaciones, existe, ya que tal principio, como reiteradamente se ha declarado por resoluciones de esta Sala, tiene determinados límites en cuanto que debe existir una reciprocidad en las pretensiones de tal forma que dentro de la normativa específica de la contratación de obras públicas debe concurrir una ponderada objetividad, así, aun operada una novación modificativa tan profunda como la acaecida en el supuesto de autos, de modo que, la relación primitiva quedó cancelada, no se desliga la Administración de todas las consecuencias dimanantes del referido contrato, invocando el *ius variandi* de que se halla investida, y la alegación de la actitud o conducta del contratista que, al exceder la suspensión del año Art. 54 Pliego 1903, que le permiten la rescisión, no hizo uso de esa posibilidad, aunque ejercitada, que no elimina la facultad de obtener la correspondiente indemnización de que se creyese asistido por los daños y perjuicios que hubiese experimentado en su patrimonio a consecuencia del proyecto de obras que le fue originariamente adjudicado, aun cuando posteriormente optó por la ejecución del que fue modificado, cuando se ha reconocido explícitamente por la Administración que la suspensión de las referidas obras, por un período de seis años, fue debida a causa imputable exclusivamente a la misma.

Que establecida la obligación recayente en la Administración, la aplicabilidad del Art. 1124 y concordantes del C. Civil., como elementos de adecuación e integradores de la premisa mayor en cuestión indubitada, bajo la vigencia y aplicación del Pliego de Condiciones de 1903, y, en consecuencia, para establecer el resultado de las pretensiones deducidas que cristalicen en el fallo de este prologino²⁸.

²⁸Que siguiendo el análisis de las partidas propuestas, la que hace referencia a «gastos correspondientes a maquinaria e instalaciones no utilizables que se han de retirar de la obra sin haberlas empleado» no puede ser objeto de estimación positiva en su integridad ya que su misma concepción es nugatoria, puesto que su descripción permite deducir que se trata de elementos móviles, máxime cuando en el ap. 1.º se hace referencia a maquinaria e instalaciones, caracterizadas por una relativa perdurabilidad en razón a su adscripción a la ejecución de la obra principal en el apartado que contemplamos, el lógico proceder del contratista, de acuerdo con un actuar diligente, una vez decretada la suspensión de las obras, por una causa tan trascendente como la referencia a la equivocada valoración geológica del suelo, era proceder a retirar esos elementos móviles y no mantenerlos durante todo el tiempo que duró la suspensión, circunstancias que reducen los conceptos que se señalan como indemnizables al exclusivo de su transporte; corriendo suerte negativas la pretensión encaminada a estimar como sumando del total indemnizable el que se solicita como «gastos bancarios sobre fianzas depositadas», ya que implica olvido

Finalmente, hay que aclarar que en estos años anteriores a la aprobación de la L.C.E., de 1965, el Supremo aclaró lo que ocurría en caso de omitir el Dictamen del Consejo de Estado. Así, en un asunto de 1945²⁹, el T.S., declara la nulidad de la Orden Ministerial recurrida por la citada sociedad que denegó su solicitud porque se omitió el informe del Consejo de Estado, omisión calificada de esencial, ordenando que se retrotraigan las actuaciones administrativas al momento en que se cometió dicha falta procesal. En la Sentencia de Los Rodeos que acabamos de citar, expone que en aquellas disposiciones legales que, como garantía preceptiva, y para la interpretación, rescisión y resolución de los contratos administrativos, se exige el informe previo del Consejo de Estado, como Alto Cuerpo Consultivo a quién se atribuye esta función, según el Art.17.5 de la Ley Orgánica de 25 de Noviembre de 1944, R.1610. En este caso se trataba de una interpretación del contrato en su modificación novatoria surgida a partir de la carta de 28 de Mayo de 1965. No se evacuó el dictamen previo a la resolución administrativa sobre los daños producidos, por haber sido alterados por la novación de los planes de ejecución de la obra y que se plasmaron en acuerdos posteriores, por ello se anula en la parte que afecta la resolución referida, reponiendo el expediente al momento anterior a dictarla, para que previamente informe el Consejo de Estado y que se dicte la resolución pertinente. Por último, en una Sentencia de 1972³⁰, se afirma: “y, en definitiva, ... ya que la omisión del referido informe puede menoscabar la defensa de los derechos del recurrente a la vez que asegurar el mejor acierto de la resolución que sea dictada, por la garantía que ese dictamen supone para cuantos derechos son objeto de controversia”.

Para finalizar con este punto hay que decir, que un paso adelante en cuanto a una concepción más rigurosa respecto a la contratación de servicio y obras públicas, lo desarrolla el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública del 01/07/1911, pero sin afectar especialmente al tema que nos ocupa. Siguen a continuación la Ley del 17/10/1940, sobre garantía de licitadores y la Ley del 20.12.1952, que en realidad modifica el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, suponiendo y a tenor de las circunstancias del momento político,

del actuar diligente de un lado, y de otro, en cuanto que su mantenimiento constituyó una de las circunstancias decisivas para la adjudicación de las obras resultantes del proyecto modificado, y por ello, en esta partida no puede apreciarse la existencia de causa motivadora de perjuicios que pueda entrar como base para su apreciación cuantitativa en período de ejecución de Sentencia, características de que participa también la partida que se interesa bajo la expresión ambigua e incierta de «impuestos varios», porque independientemente de la imprecisión de la pretensión los impuestos no pueden conceptuarse como causa motivadora de indemnización, cuando además concurre en la empresa actora la cualidad de sociedad mercantil, siendo actividad de la misma la construcción y, por consiguiente tiene la condición de sujeto pasivo para la satisfacción de impuestos. Que otra suerte corre la partida cuyo abono se postula en base al «sostenimiento y conservación durante los seis años de poblado, obras e instalaciones», como base integrante del total indemnizable en cuanto a los supuestos que sirven para formular su reclamación - guardería, conservación, energía eléctrica y viviendas- siempre que en el momento procesal, de ejecución de Sentencia, se justifique el orden cuantitativo que se pretende, con la limitación de los conceptos que sin perjuicio de su valoración cuantitativa, han sido objeto de estimación de modo total o parcial.

²⁹Ver S.T.S., de 8 de Noviembre de 1945, Ar.1202, la Sociedad Española de Construcciones Metálicas contratista de determinadas obras militares en el Aeródromo de Cuatro Vientos, produjo su reclamación de 29 de Mayo de 1938, sobre liquidación de cantidades por trabajos realizados correspondientes al aumento de obra que tuvo que realizar en la contrata, para construir hangares metálicos de que fue adjudicataria.

³⁰ Ver S.T.S. de 15 de Junio de 1972, Ar.2706.

una clara tendencia a la “contratación directa”, y por supuesto, procurando la ausencia de la libre concurrencia.

b) El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

b.1) Introducción.

Como novedad en cuanto a la regulación de la Contratación Pública por las Corporaciones Locales, se promulga el Decreto de fecha 9.1.1953, (Rep.1054) cuyo Art. 51 es harto significativo al señalar en su apartado primero que: “los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento, y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que les sirvan de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación, salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes”.

El Art.53 disponía: “1. Será obligatoria para el contratista la aceptación de variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los Pliegos de Condiciones ni los precios establecidos. 2. La Corporación podrá autorizar expresamente y en cada caso concreto al correspondiente Jefe técnico, con el fin de que, bajo su responsabilidad, ordene tales modificaciones”.

El Art.54 establecía: “Por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las Corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas, previo informe de los Organismos técnicos de las mismas y de la Comisión provincial de Servicios Técnicos, siempre que no se altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte, y de conformidad con las siguientes reglas: a) Cuando sin introducir nuevos elementos en los proyectos y cláusulas iniciales, se altere la cantidad de los mismos, será obligatorio para el contratista lo dispuesto por la Corporación; y b) Cuando se trate de materiales, obras o prestaciones no previstos ni valuados unitariamente, los precios se establecerán en forma contradictoria, y si no se obtuviese acuerdo, la Corporación podrá denunciar el contrato, sin derecho a indemnización por ninguna de las dos partes”.

El R.C.C.L. establece un modelo muy sencillo. En relación con este diseño, el T.S. aclara en su S.T.S. de 30 de Abril de 1977³¹, que aunque el R.C.C.L. en sus Arts.53, 54 y 55 admite la posibilidad de que tales entidades modifiquen unilateralmente los contratos con ellas convenidos, tal facultad no tiene carácter de regla general, sino que, antes bien, constituye la excepción de ésta expresada en Art.51.1 del R.C.C.L. Es decir, según el T.S. la modificación unilateral de los contratos por la Administración, aunque admitida por nuestro ordenamiento jurídico tiene carácter excepcional, lo que significa que los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación, recibir un tratamiento marcadamente restrictivo ya que de no ser así se infringiría uno de los principios básicos de la contratación en nuestro ordenamiento jurídico, cual es el recogido por el Art.1.256 del C. Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

³¹Ar.4359.

En la jurisprudencia del T.S., encontramos una amplia casuística que aplica estos preceptos, planteando dos cuestiones que pasamos a ver a continuación.

b.2) Deslinde de los Arts. 53 y 54.

En la práctica uno de los problemas que planteó esta normativa fue el de saber qué procedimiento aplicar en cada caso: el simplificado del Art.53 o el más exigente del Art.54 cuando un modificado era necesario. Si la elección era errónea, se prestaba a impugnar la actuación administrativa, al seguir un procedimiento equivocado, planteando cuál de los dos Arts. 53 o 54 del R.C.C.L., debía haberse aplicado. Tratábase de obtener una indemnización por parte del contratista por la irregularidad cometida.

Como acabamos de ver el Art.53 permitía variaciones no sustanciales, mientras que el Art.54 del R.C.C.L., exigía para imponer modificaciones de mayor importancia.

En un asunto de 1963³², el T.S., afirma que es igualmente principio informador de la contratación administrativa, el llamado de la mutabilidad del contrato o *ius variandi* por exigencias propias de la flexibilidad que debe reinar en la actividad administrativa, es imprescindible determinar si las alteraciones o modificaciones introducidas por la Diputación Provincial en el proyecto primariamente confeccionado, representan una simple alteración, como afirma el recurrente, o por el contrario, una modificación trascendental, cual sostiene la parte demandada, y así es necesario proclamarlo, como se desprende de las reformas introducidas, afectantes a circunstancias tan relevantes, como la traza, materiales empleados, longitud de la carretera construida, perfiles, precios y explanación, que aparecen detalladas minuciosamente en la liquidación definitiva redactada por el Ingeniero. Que sentada la anterior afirmación de la modificación operada en el primitivo proyecto de la Diputación Provincial, no puede el recurrente alegar al formular la demanda, la inobservancia por parte de la Diputación Provincial del Art.51 del R.C.C.L., pues si bien es cierto que la actuación administrativa provincial no es ajustada a lo dispuesto en el mencionado precepto, que exige nueva licitación para modificar un contrato anterior perfecto, no es menos cierto que rigiendo en Derecho Administrativo, el principio de anulabilidad del acto administrativo, al no haber interpuesto la reclamación correspondiente, el recurrente, que lejos de impugnar la modificación contractual operada, la consintió, como lo demuestran sus propios actos, al realizar materialmente parte, no la totalidad del proyecto modificado, es improcedente que alegue en esta vía vicios que consentidos por él, se han convalidado, máxime teniendo en cuenta el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Que la modificación operada representó una sensible disminución de la

³² Ver S.T.S., de 14 de Noviembre de 1963, Ar.4458, sobre un proyecto para la construcción de un camino vecinal donde la Diputación Provincial introdujo unas modificaciones. También pueden citarse: 1º) la S.T.S., de 17 de Marzo de 1966, Ar.1217, recoge otro caso de alteraciones de detalle en el proyecto válidamente acordadas por el arquitecto con base en el Art.53 del R.C.C.L.; 2º) la S.T.S. de 18 de Marzo de 1966, Ar.4505, obras de alcantarillado de un barrio. El Contratista ejecutó varias obras fuera de proyecto (tener que profundizar un metro más las excavaciones como única solución para que la red de alcantarillado proyectada fuera utilizable, pues no se conciben obras de alcantarillado en un barrio sin conexión con el resto de la red) a instancias de los técnicos de la Corporación. El T.S., acepta que el acuerdo del Ayuntamiento, no queriendo pagar dichas obras es nulo. Se trata de obras del Art.54 no del 53 del R.C.C.L. Se aplica además el Art.48 del Pliego de Condiciones generales de 1903.

obra realizada por el contratista, demostrado incontrovertiblemente en los documentos obrantes en el expediente administrativo, datos frente a los cuales ni se articuló ni propuso prueba contraria por el recurrente. El T.S., ratifica la perspectiva del Tribunal de instancia al señalar que en el proyecto hubo modificaciones, cierto que por voluntad de la Diputación, pero aceptadas por dicho contratista, no sólo tácitamente al seguir llevando a cabo la obra, sino expresamente al solicitar la prórroga de la misma, que le fue concedida, al contratar materiales para el nuevo afirmado, como se deduce de la copia del documento, que revela que no hubo discrepancias sobre estos particulares y que la obra se llevó a cabo en su mayor parte, no ajustándose a las bases del proyecto, pero con aquiescencia del contratista.

En el mismo año, hacemos referencia a otro asunto³³ referido a un proyecto de alumbrado público. En relación con el Art.51 del R.C.C.L., se destaca por el T.S., que si bien este artículo que el contratista invoca estatuye que los contratos serán inalterables y cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y pliegos que le sirvieron de base, salva el precepto, las excepciones admitidas en los artículos siguientes. A este respecto se refiere al Art.53 que el demandante lo consideraba inaplicable al caso, pero aclara el T.S., que lo regula en realidad, al prescribir que será obligatoria para el contratista la aceptación de las variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los Pliegos de Condiciones ni los precios establecidos. En este caso el T.S., destacaba que la alteración no se probó que fuera sustancial ni que afectara al presupuesto, ya que ninguna reclamación se mostró formulada al respecto, con lo que el Ayuntamiento actuó correctamente, no produciéndose una novación de lo estipulado y menos que la impusiera el Ayuntamiento unilateralmente pues la empresa aceptó las modificaciones sin exteriorización de disconformidad, ni probando que le ocasionara mayores trabajos.

También de 1963, es un caso³⁴ donde se trataba de la construcción de una carretera entre Villabona y Villar de Serín. El Ayuntamiento alegó que las obras realizadas y cuyo pago reclamó el contratista, eran de carácter extraordinario y de verdadera importancia, constituyendo una modificación del proyecto de la obra que contenía el Pliego de Condiciones. La Corporación demandada, aceptó las obras ejecutadas de un proyecto de escuela salvo ciertos adicionales, dado que el Arquitecto carecía de facultades para ordenar modificaciones sustanciales en el proyecto sin contar con la aprobación correspondiente del Ayuntamiento, recayendo sobre el contratista las consecuencias de las normas contenidas entonces en la L.R.L., y R.C.C.L., máxime cuando el contrato contiene cláusulas de riesgo y ventura que exoneran a la Administración de las circunstancias contingentes que puedan presentarse; pero con ello se inicia una actitud contraria a la esencia misma de lo que es objeto de contratación, que se refleja de manera clara y terminante en el Art.1 del Pliego de Condiciones Facultativas, en el que expresamente se dispone, objeto del contrato: comprende esta contrata la ejecución de todas las obras que sean necesarias para la construcción del edificio mencionado, hasta su completa terminación, con arreglo a las condiciones del presente pliego. Todas las obras se ejecutarán con entera sujeción a los planos del proyecto, y cuanto se determine en estas condiciones, y los estados de medición y cuadro de precios del presupuesto, como así mismo a todas las instrucciones verbales o

³³ Ver S.T.S., de 21 de Enero de 1963, Ar.706.

³⁴ Ver S.T.S., de 10 de Octubre de 1963, Ar.4734.

escritas que el Arquitecto Director tenga a bien dictar en cada caso particular. Se discutían las partidas referidas a la elevación de la planta baja, motivada por diferencia en el nivel del terreno, y la citada en el presupuesto, por enlucido de cielo raso de la planta baja. Respecto a la primera su calificación es de necesaria o particular, siendo su ejecución efectuada en virtud de orden expresa dictada por el Arquitecto Director con arreglo a las facultades que le fueron conferidas en el Pliego de Condiciones Facultativas, sin cuya realización el edificio hubiera carecido de las condiciones necesarias que se prevén en el referido Pliego.

Con base en esto, el T.S., asume que dada la naturaleza de la obra de cimentación eminentemente técnica, cuyas especiales condiciones de realización fueron apreciadas por el Facultativo Director, éste ordenó su ejecución, sin que en esta orden existiera extralimitación de la potestad que al efecto le fue concedida por el Pliego de Condiciones Técnicas, produciéndose una alteración susceptible de reembolso a favor del contratista que, en materia tan esencial, tenía necesariamente que obedecer, máxime los términos en que se encuentra redactado el Art.14 del referido Pliego Técnico, circunstancias que fueron apreciadas tanto por el Secretario en el expediente instruido al efecto a instancia del Arquitecto, como por la Comisión de Fomento, cuyos razonamientos en pro de la licitud y moralidad de la pretensión deducida por el recurrente originó la discusión y disensión en el Pleno del Ayuntamiento, que rechazó la suma correspondiente a estas obras en el presupuesto adicional presentado al efecto, por mayoría relativa, por lo que no sólo estima lícita la reclamación formulada y como no ajustado a derecho el acuerdo recurrido en este extremo. El Supremo explicaba que la calificación de la modificación expresada por el Ayuntamiento no se conformaba con la que acertadamente hacía la Sentencia recurrida, pues a pesar de ser las obras realizadas necesarias, no pasaban de ser variaciones de detalle que no alteraban sustancialmente el Pliego de Condiciones ni los precios establecidos, ante cuya consideración y circunstancia el contratista no podía negarse a aceptar las instrucciones verbales del Arquitecto que le impuso tales obras, sin que al mismo le alcanzara la obligación de averiguar si la Corporación había autorizado o no al Director Técnico que ordenara las modificaciones que le indicaba, pues la atención del contratista en este caso quedaba limitada a la calidad de las variaciones impuestas, las cuales, si, únicamente eran de detalle, debía realizarlas en virtud de lo establecido en amplio sentido en el Art.1 del Pliego de Cláusulas Facultativas³⁵.

Pocos años después se plantea un asunto³⁶ sobre contrato de obra de restauración de un cementerio. Hubo una serie de trabajos realizados fuera de proyecto, consistentes en su mayoría en excavaciones de roca, cobrados por el contratista al precio fijado contradictoriamente entre el mismo y la Administración Municipal. En este caso el Supremo entendía que no se podía exigir indemnización derivada de lo que en relación a las mismas ha sido aceptado y consentido mutuamente por las partes afectadas. Si el apelante aceptó ejecutar las obras lo hizo libremente y porque le convino, admitiendo plenamente esa primera incidencia de excavación en roca, que en efecto realizó y cobró, con manifiesta conformidad contractual, máxime teniendo en cuenta que ello además

³⁵Pliego de Condiciones Generales para la construcción de caminos vecinales de 22 de Diciembre de 1911, Dic.3173.

³⁶ Ver S.T.S., de 21 de Junio de 1966, Ar.3415.

obedeció a tener que afrontar un imprevisto de la obra contratada, que pudo solventarse y se solventó con reglamentaria sujeción al Art.54.b del R.C.C.L. Este precepto supone una oportunidad más al recurrente para no haber aceptado a la fuerza, como así quiere suponer que hizo, el ejecutar las obras catalogadas en esa primera incidencia. El Supremo también ratifica como legal que la Administración haya impuesto realizar unidades de obras previstas en el proyecto en número superior al fijado (al mismo precio por unidad del previsto), así como haber dejado de abonar otras previstas pero no ejecutadas (no incluyéndose certificaciones de obras), pues todas esas variaciones de unidades de obra en más o en menos de las presupuestadas, mientras sus diferencias, no sus sumas, como erróneamente pretende la actora, no excedan del 20% de la obra contratada, y con mucha más razón si ello se limita a cambios de detalle sin alteración sustancial del Pliego de Condiciones, ni modificación de los precios establecidos, son modificaciones perfectamente viables a tenor de los Arts.53 y 54 del R.C.C.L. y de los Arts.46, 47 y 48 del Pliego de Condiciones Generales de 13 de Marzo de 1903, Dic.4778, y del Art.50 de la L.C.E de 8 de Abril de 1965, Rep.771, sin que por ninguno de estos casos relatados puedan deducirse daños o perjuicios indemnizables por tal cuantía de variación introducida, por motivos de interés público y adecuados trámites de asesoramiento técnico, cual sucede en el caso de autos, en el que el *ius variandi* de la Administración afectada, aparece ejercitado con mesura encuadrada en las márgenes de su perfecta legalidad.

En la década de los sesenta se pueden señalar los siguientes asuntos:

1º) Una Sentencia³⁷, respecto a la realización de las obras del proyecto adicional de las inicialmente adjudicadas en el expediente de subasta (adicional de ampliación o modificación de la prestación de obra ya prevista en el proyecto inicial), que se hizo por razones de interés público, en el concepto de simple modificación de la prestación de las obras previstas en aquella subasta en los términos del Art.54 R.C.C.L., que viene a indudablemente a introducir una excepción al principio de inmutabilidad del contrato en beneficio de la Administración. Esta modificación la puede no sólo proponer la Administración sino también imponer al contratista en el ejercicio del *ius variandi* que en el Art.54 está perfectamente configurado (la inalterabilidad de las cláusulas iniciales, la no alteración del presupuesto inicial en más de la quinta parte y la existencia de precios valorados unitariamente). El Supremo lo califica de simple modificación de la obra adjudicada en la subasta inicial que pudo ser impuesta por la Administración, voluntariamente aceptada por el contratista, sin que tal modificación implique la alteración de las estipulaciones contenidas en el Pliego de Condiciones de la Subasta.

2º) Una Sentencia sobre proyecto de urbanización de un polígono³⁸. Explica el Supremo que la supuesta necesidad de modificaciones en el proyecto técnico no ha sido probada con el alcance necesario, detallando en qué aspectos precisaba el contrato sufrir tales alteraciones, pero aparte de ello es claro que, aun admitiendo la existencia de modificaciones, las mismas no autorizan al contratista a resolver el contrato siempre y necesariamente, pues si se trata de modificaciones de detalle, según les asigna el ingeniero director, el Art.53 del R.C.C.L., se impone obligatoriamente al contratista, si

³⁷ Ver S.T.S., de 8 de Mayo de 1974, Ar.2342.

³⁸ Ver S.T.S., de 20 de Abril de 1978, Ar.2879.

mediante ellas no se alteran sustancialmente el Pliego de Condiciones y los precios pactados e incluso si se trata de modificaciones de las prestaciones de obra contratada las mismas no permiten legalmente a las corporaciones contratantes, conforme al Art.54 del R.C.C.L., siempre que las mismas no alteren el presupuesto por exceso o por defecto, en más de la quinta parte y siguiendo el régimen previsto en los apartados a) y b) del citado Art.54, del cual resulta que la facultad de denuncia del contrato queda reservada a la Corporación si no se llega a un acuerdo respecto a los precios contradictorios de los nuevos elementos de obra no establecidos en el proyecto técnico.

El T.S. entiende indiciario, de que las modificaciones fueron aceptadas por el contratista por el hecho de que la empresa recurrente dirigió sendas cartas al ingeniero jefe de la contrata en las que presentaba a aprobación precios contradictorios sobre ciertas actuaciones, de lo cual se infiere que la existencia de modificaciones, caso de que se hubieran producido en la realidad, tampoco facultaba al contratista para la resolución del contrato de obras analizado.

3º) Una Sentencia³⁹ respecto a que el Ayuntamiento de Hernani, acordó convocar licitación para adjudicar las obras de construcción de dos hornos crematorios de basuras para el servicio municipal y por acuerdo de 5 de Agosto de 1.969, adoptado en sesión plenaria, fueron adjudicadas definitivamente a la empresa "Construcciones Vázquez".

Que la estimación que en la Sentencia apelada se hace del recurso, tiene su fundamento en el Art.53 del R.C.C.L. Que en efecto, las modificaciones o variaciones de detalle en el cumplimiento o ejecución de los contratos administrativos son modalidades diferentes, de la facultad de la Administración para modificar las prestaciones de obra contratadas, *ius variandi*, dentro de ciertos límites y con determinadas formalidades, que cuando se trata de modificaciones sustanciales deben manifestarse en un plano de estricta equidad, postulando por ello que el contratista no debe ser obligado, sin que al propio tiempo se rompa el principio de equivalencia, a prestaciones diferentes. Que la típica formulación en la esfera de la Administración Local de este *ius variandi* en su específico sentido nos lo ofrece el Art. 54 del R.C.C.L., que si bien con él carácter restrictivo que se advierte, de condicionar su ejercicio a la concurrencia de circunstancias imprevisibles o inevitables o a motivos de interés público, autoriza a modificar las prestaciones de obra con carácter obligatorio para el contratista, siempre previo informe de la Comisión de Servicios Técnicos, debiendo concurrir, por supuesto, acuerdo formal y siempre que además no se altere el presupuesto por exceso o defecto en más de una quinta parte, al tiempo que se establece en el propio artículo, apartados a) y b) un sistema de compensación privilegiado para la Corporación según las causas que motive la modificación. Que en interés también de la Administración, el Art. 53 configura la posibilidad de introducir simples variaciones de detalle a las que no alcanza el tratamiento compensatorio antes enunciado, en cuanto a que la facultad de imponer estas variaciones de detalle se derivan de una potestad de privilegio de la Administración que no da lugar a compensación económica del contratista en cuanto no solamente las simples variaciones de detalle no deben afectar sustancialmente al Pliego de Condiciones, si no tampoco a los precios establecidos, esto último con carácter absoluto, es decir ni en poco ni en mucho. Que el supuesto planteado en este litigio no

³⁹ Ver S.T.S., de 16 de Febrero de 1979, Ar.673. Ponente: D. FELIX FERNANDEZ TEJEDOR.

puede ser encuadrado en las previsiones del Art. 54 tanto porque la modificación que ha dado lugar a la reclamación del contratista ni fue objeto de Acuerdo formal de la Corporación previo informe de la Comisión de Servicios Técnicos, ni la alteración del presupuesto se mantuvo en los límites señalados en dicho artículo. La variación o modificación supuso un gasto de 376.761 ptas. sobre un presupuesto de 1.768.055 ptas. (más de la quinta parte), por lo que a este respecto, es evidente que ningún valor vinculante para la Administración pudo tener el informe o la opinión del Ingeniero Director de la obra quién solamente a título personal pudo aconsejar un mayor gasto. Y menos aún, es encuadrable en el Art.53 ya que afectó notoriamente a los precios establecidos contra lo que expresamente exige este precepto. Que por las razones que anteceden debía acogerse en sentido favorable la Apelación que de la Sentencia dictada en primera instancia había promovido el Abogado del Estado representando al Ayuntamiento demandado, declarando válidos y ajustados a Derecho los actos administrativos impugnados y absolviendo a la Administración municipal demandada de la pretensión de que por aquella Corporación se le reembolsase en la cantidad de 376.761 ptas. y de todas las que en la Demanda se dijeron.

b.3) El problema del enriquecimiento injusto.

Era muy común entonces que la Administración rehusase pagar al contratista y que éste último reclamase una indemnización aunque aquella no hubiese sido muy ortodoxa al seguir las formalidades legales.

En una serie de casos el Supremo trataba de examinar si se había probado que el contratista actuó incitado por la Administración.

Si eso ocurría el Alto Tribunal inclinaba la balanza de la justicia del lado del contratista obligando a las autoridades locales a indemnizarle con base en la tesis del enriquecimiento injusto. Se forja así un esquema que como veremos, luego se consolidará con la aplicación de la L.C.E.

Dicho esquema supone la existencia de un bloque de casos donde el T.S., reconoce que ha existido un enriquecimiento injusto.

Podemos empezar haciendo referencia a un asunto de comienzos de los años sesenta⁴⁰ donde la Junta de Construcciones Escolares de Vizcaya celebró contrato con el Ayuntamiento de Carranza a fin de que éste procediera por gestión directa a la construcción de dos escuelas y dos casas para maestros. En el desarrollo de la obra hubieron de llevarse a cabo obras impuestas por mayores exigencias de cimentación, movimiento de tierras y protección de las aguas y por las normas del Ministerio de Educación Nacional a que tenían que ajustarse las edificaciones, circunstancias que no previeron al formalizarse y aceptarse el presupuesto ceñido al proyecto de las mismas.

Por ello su terminación en las condiciones de servicio requeridas determinaron nuevas unidades de obra que comunicadas por el Arquitecto a la Alcaldía obtuvieron su conformidad. Estuvo al corriente de ellas con sus visitas y las abonó. Por tanto, el

⁴⁰ Ver S.T.S., de 7 de Diciembre de 1962, Ar.388.

primer contrato primitivo se extendió a los ulteriores volúmenes de obra, no previstos en él, o que éstas se contrataron adicional y tácitamente. El Abogado del Estado defendió la idea de que no estaban justificadas porque el contratista debió prever su necesidad. El T.S., no acepta este argumento pues el contratista se limitó a incluir en su presupuesto las unidades a ejecutar según proyecto y a introducir las modificaciones por causas inevitables y de interés público que no cabía subestimar. El Art.54 del R.C.C.L., autorizaba semejantes variaciones, encargadas en definitiva por el Ayuntamiento, surgiendo la obligación de satisfacerlas dentro de lo reglado por los Arts.1, 2 y 11 del R.C.C.L. y de los Arts.1.254, 1.258 y 1.593 del C. Civil en más amplia visión jurídica del caso.

Pero sin lugar a dudas la jurisprudencia sobre todo se enfrentó con el problema de los ayuntamientos que, pese a saltarse ellos mismos sus propias normas procedimentales, encargando y dirigiendo con órdenes las modificaciones de las obras, luego no admitieron hacerse cargo de costear dichos modificados alegando ese defecto formal que ellos mismos habían generado, burlando la buena fe del contratista.

En 1963⁴¹, tenemos un asunto en el que el contratista alegó que se habían violado los Arts.51 y 54 del R.C.C.L., procedimiento, que según el contratista no se había cumplido. El Tribunal *a quo* señaló que si se aplicaba aquí el Art. 53 no cabía admitir el recurso. A este respecto constató que la modificación apenas alcanzaba el 10% del presupuesto actualizado mediante la revisión, cantidad que no podía sostenerse que alterase sustancialmente el precio establecido. Por otro lado el Art. 54 no era de aplicación al supuesto de este recurso porque no se trataba de una modificación sustancial. Pero aunque fuese este el caso, señala el Tribunal que por tratarse de una infracción en la que está implicado el Alcalde, los componentes de la Corporación y el Secretario, por cuanto los dos primeros decidieron la modificación y el último no hizo advertencia de ilegalidad, no podía alcanzar, en último término, el contratista, aparte de que dado el carácter de dictamen no vinculante del que correspondía emitir a los indicados órganos, era aconsejable minimizar los efectos del indicado vicio de procedimiento de acuerdo con el Art. 112 de la L.P.A., de 1958. Además señaló que si se entendiese que la Administración se había apartado de las normas a las cuales era preciso ajustarse para que naciera sin tacha la obligación de pago de unas obras y que venían impuestas tanto en garantía del contratista como de una recta administración, era lo cierto que el derecho del contratista a cobrar las mejoras efectuadas resultaba claro, por cuanto en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto. Por tanto, si el Ayuntamiento impuso unas obras, el contratista aceptó su realización y las realizó como dictaminó el Arquitecto y reconoció la Corporación, quedando obligada al pago, bien

⁴¹ Ver S.T.S., de 30 de Septiembre de 1963, Ar.3978. El contratista de las obras se atuvo a las instrucciones que en período de ejecución del proyecto le dio el arquitecto representante de la corporación, respaldado a su vez por las directas órdenes del Alcalde; y que a la vez, si el detalle de los trabajos realizados supuso una modificación del proyecto encaminado a mejorar las condiciones de la edificación, con repercusión sobre su costo, el importe de tales modificaciones, conforme se evaluó y aceptó por el Ayuntamiento, se mantuvo dentro del límite autorizado por el Art.54, del R.C.C.L. Visto es que por otra parte las características de las variaciones permitieron su inclusión en el concepto del Art.53 del R.C.C.L., como acertadamente estimó el Tribunal a quo en la Sentencia apelada, parecer que en su momento suscribió la Corporación por acuerdo. El Ayuntamiento luego pretendió rectificarlo alegando una supuesta lesividad. El T.S., apela, como la Sentencia recurrida, al enriquecimiento injusto que supondría para el Ayuntamiento adquirir unas obras no pagadas.

porque se cumplió lo dispuesto en el Art. 53 del R.C.C.L., bien porque la falta de los dictámenes de los órganos técnicos no vició de nulidad el acto, bien en último término, porque indicada obligación tenía su apoyo en el principio de general aceptación que veda el enriquecimiento injusto.

Ya en la década de los setenta se puede empezar haciendo referencia a un caso⁴² relativo a una certificación de obras por imprevistos y cerramientos de una valla correspondiente al levantamiento de una edificación de colegio libre de enseñanza media elemental. Se obliga al Ayuntamiento al pago de las obras no incluidas en el proyecto y por tanto no contratadas, pero certificadas y reclamado su importe por haberlas ejecutado. Si las hubiera realizado unilateralmente el contratista la Corporación no hubiera debido pagarlas pero dichas obras se ejecutaron por órdenes unas veces escritas y otras verbales del Alcalde, tal como se desprende, por una parte, de la recepción provisional sin objeción al respecto y por otra, de la certificación de los Arquitectos directores corroborada la prueba pericial y la propia certificación municipal acreditativa de que parte al menos de las modificaciones fueron ordenadas de modo amplio y en cuanto a lo demás no negadas las órdenes que los directores aseguran haber recibido. También estaba probada su necesidad técnica para la global ejecución del edificio. Añade el T.S., que si bien es cierto que a tenor del Art. 54 del R.C.C.L., la potestad administrativa para modificar las prestaciones contratadas debe llevarse a cabo mediante los requisitos de procedimiento y dentro de las limitaciones cuantitativas allí prescritas no lo es menos que si fueron ordenadas al contratista y ejecutadas por éste, los vicios que resulten de incumplimiento de aquellas prescripciones por la Corporación no deberán perjudicarle puesto que su incumplimiento no le es imputable y por consiguiente podrá percibir su importe, sin perjuicio de la responsabilidad en su caso exigible por la Corporación a quien las hubiere acordado u ordenado ilegalmente.

Esta doctrina de la Sentencia de 1974, se ratifica en 1980, con un pequeño matiz al afirmar el T.S., lo siguiente⁴³: "... y sin que tampoco a ello pueda servir de

⁴² Ver S.T.S., de 16 de Diciembre de 1974, Ar.5218.

⁴³Ver S.T.S., de 11 de Marzo de 1980, Ar.2146, Ponente: D. JOSÉ LUIS PONCE DE LEÓN Y BELLOSO. Este asunto trata de un litigio sobre la construcción de determinadas obras para el abastecimiento de Aguas desde el canal de las Bardenas encargadas por el Ayuntamiento de Santa, cara a un contratista. El Tribunal Administrativo de Navarra que ordenó en 19/07/74 al Ayuntamiento el abono de 71.746 ptas. importe de la cerca o valla colocada en el depósito para el agua situado en el término municipal de Mérida. Que el Tribunal dictó Sentencia con fecha 18 de Junio de 1975, estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el contratista contra la resolución del Tribunal Administrativo de Navarra de 19 de Agosto de 1974, declarando el derecho del contratista a percibir 792.351 ptas. Esa diferencia reclamada correspondía a la ejecución de unidades de obra aumentadas sobre las previstas y presupuestadas debidamente certificadas por el Ingeniero Director y ordenadas por este al contratista con la aquiescencia de la Corporación contratante (liquidación final definitiva obrante en el expediente, certificación informe emitido por el propio Ingeniero Director de las obras y aportado a los autos en periodo de prueba. El Tribunal a quo señala que en virtud de cuanto ha quedado expuesto es patente la procedencia de la estimación de la pretensión ahora enjuiciada pues es principio básico en la materia el de que debe abonarse al contratista el importe de la obra realmente ejecutada y autorizada (Art.1.593 del C. Civil Art.47 de La L.C.E., Art.142 del Reglamento para la aplicación de este Art. 11 y 31 de las Normas-generales para contratación de obras provinciales en Navarra de 3 de Mayo de 1916 etc.), a cuya aplicación no obstan las cláusulas contenidas en los Art. 73 y 23 del Pliego de Condiciones invocados por el Ayuntamiento coadyuvante porque tales cláusulas no guardan relación alguna con el tema de aumento de unidades de obra sobre las previstas y presupuestadas a virtud de Orden del Ingeniero

impedimento los defectos formales que hayan podido concurrir con respecto a la realización de las referidas modificaciones de obras, puesto que según los Arts.53 y 54 del R.C.C.L., el respectivo contrato, de acuerdo con la Jurisprudencia sustentada sobre tal particular, supone que esto no es óbice para que si las expresadas modificaciones de obras fueron ordenadas al contratista por quien podría hacerlo, como lo era el Ingeniero Director, las mismas fueron ejecutadas por aquel de conformidad a como se le había ordenado. Los vicios o defectos no esenciales que resulten del incumplimiento de parte de aquellas prescripciones por la Corporación Municipal no deberán perjudicar al contratista que las ejecutó puesto que su incumplimiento o no, le es a éste imputable y por consiguiente podrá percibir el importe que le corresponda de tales obras”⁴⁴.

Dos asuntos de 1979⁴⁵, donde el T.S., aclara que partiendo acertadamente la Sentencia de que las órdenes técnicas, que en el caso se concretaban en el replanteo de

Director de las mismas, pues en realidad en realidad se refieren a supuestos distintos al que en este recurso se dilucidan; como tampoco obstan los defectos de forma o procedimiento que pudieran concurrir en este que cual se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 1971, ni siquiera la inexistencia de contrato en cualquiera de cuyas formas sería óbice para estimar obligada al pago a la Corporación si ello pudiera fundarse en el principio del enriquecimiento injusto; y como enseña la S.T.S., de 16 de Diciembre de 1974, Ar.5218.

⁴⁴Que una vez sentado lo que precede solo resta por decidir la cantidad que corresponderá detraer del exceso del precio reclamado por el contratista dentro de los límites que se establecen por las disposiciones legales aplicables en estos supuestos de modificación del contrato y a este respecto preciso teniendo cuenta que según se previene en la vigente L.C.E., y su Reglamento únicamente procederá la consistente en el 20% del precio presupuestado en el contrata y lo que a su vez también concuerda con lo previsto a este respecto en el Art 54 del R.G.C.L., al disponerse que por causas imprevisibles o inevitables o en virtud de motivos de interés público podrán las Corporaciones modificar las prestaciones de obras o servicios contratadas, siempre que no se altere el presupuesto por exceso o por defecto en más de la quinta parte, en vista de lo cual únicamente corresponde abonar al contratista reclamante por la ejecución de obras aumentadas sobre las previstas y presupuestadas en el contrato el referido porcentaje del 20% sobre el precio del importe total fijado en el contrato y en su consecuencia sin que proceda dar lugar a lo que exceda de tal porcentaje del total que por este concepto se incluye en la liquidación definitiva y es reclamado por el contratista en el presente procedimiento lo que sin embargo fue concedido en la Sentencia apelada. Que dando lugar sólo parcialmente a la apelación interpuesta por el Abogado del Estado en la representación que ostenta contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona el 18 de Junio de 1975, la confirmamos y revocamos parcialmente reconociendo el derecho del contratista al cobro de 619.400 ptas.

⁴⁵Ver S.T.S., de 12 de Febrero de 1979, Ar.908, Ponente: D. JOSÉ GABALDON LOPEZ y S.T.S., de 12 de Febrero de 1979, Ar 4579, Ponente: D. JOSÉ GABALDON LOPEZ. La Diputación Foral de Navarra adjudicó la construcción de una carretera forestal en Vidangoz, teniendo lugar su recepción provisional y posteriormente la definitiva, pero al formalizar el contratista la liquidación final, advirtió que no sólo no le era abonado el mayor coste del movimiento de tierra. Se dirigió el contratista a la Diputación Foral de Navarra, poniendo de manifiesto que la forma en que le había sido liquidada la explanación de la referida obra, le ocasionaba una pérdida de 1.290.388 ptas. justificando esta cuantía que reclamaba con referencia a la excavación realizada, desglosados en metros cúbicos los volúmenes totales de tierra y roca; reclamación que fue desestimada por la Diputación. La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, con fecha 5 de Febrero de 1974, dictó la Sentencia, estimando el recurso, fijando el importe del desmonte de 65.763 m³, y reconociendo: a) Que la obra realmente ejecutada difiere sustancialmente de la proyectada, pues así resulta acreditado por la prueba pericial practicada y por el sentido de la contestación que por vía de informe ha dado el funcionario correspondiente de la Administración demostrando que tanto el desmonte como el terraplén previstos resultaron, respectivamente, aumentados, según la propia liquidación final, lo que evidencia que, cual se expresa en el mismo dictamen pericial la explanación proyectada fue ejecutada con un importante desplazamiento hacia el perfil del desmonte; b) Que esa sustancial variación de obra ha sido autorizada por la Corporación demandada y su Director de obras, como se deduce, en primer lugar, de la expresada

las obras sobre el terreno por tramos en el momento de ejecutarse y no previamente según el proyecto contratado, modificaron el perfil de la carretera determinando una mayor excavación en roca y menor en tierra (junto a disminución en las obras de terraplén e incremento de las de desmonte) con la consecuencia de una variación sustancial en el precio resultante según los calculados para una y otra clase de excavación, es evidente que, aún no demostrado que las órdenes determinantes de la modificación en las prestaciones de obra se impartiesen según todos los requisitos reglamentarios exigidos por los Arts.53 y 54 del R.C.C.L., es lo cierto que el contratista las acató ejecutando la obra según las mismas y de modo que, según la prueba, el

falta de coincidencia entre los volúmenes de desmonte y terraplén proyectados y los tenidos en cuenta en la liquidación final, respecto de cuya falta de coincidencia no sólo no se ha formulado reparo por dicha Corporación, sino que, además, en cuanto se refiere al volumen de desmonte que es el dato básico ha sido reconocida y justificada por la propia Dirección de la obra; en segundo término, de la aceptación de la obra sin salvedad o reparo alguno; y, finalmente, de la respuesta afirmativa que, por la aludida vía de informe, ha sido dada a las preguntas segunda y cuarta, con lo que ha quedado reconocido no solo que la reducción del volumen de terraplén ha sido debido a desplazamiento de la explanación hacia el perfil de desmonte, sino también que la obra se iba replanteando parcialmente o por tramos; y c) Que la expresada diferencia entre la obra proyectada y la obra ejecutada determinó tan sustancial variación en la naturaleza de los terrenos a mover, que la proporción tierra roca prevista ochenta y cinco por ciento de tierra y quince por ciento de roca se convirtió en la de un cincuenta y cinco por ciento de tierra y un cuarenta y cinco por ciento de roca, de modo que el volumen de tierra movido fue de treinta y seis mil doscientos cuarenta y seis metros cúbicos y el de roca abonable de veintinueve mil quinientos diez y siete metros cúbicos en lugar de los cincuenta y un mil cuatrocientos setenta y dos metros y ciento noventa y tres decímetros cúbicos de tierra y los nueve mil ochenta y tres metros y trescientos veintiocho decímetros cúbicos de roca previstos, como lo acredita el mismo dictamen pericial sobre todo si se tiene en cuenta que tal extremo, no ha sido negado en las resoluciones impugnadas ni en la contestación a la demanda; y que la pregunta que al respecto se formuló por el demandante fue contestada por la mencionada vía de informe en el sentido de ignorarse tan trascendental dato, que, ante la sustancial variación de la obra, debería haber sido reflejado en el expediente por la Corporación demandada a través de su Dirección técnica, en lugar de limitarse hasta a consignar únicamente en la liquidación final que el volumen de desmonte fue de sesenta y cinco mil setecientos sesenta y tres metros y doscientos nueve decímetros cúbicos coincidiendo en este punto concreto con lo alegado por el recurrente, sin especificar la proporción de tierra y de roca. Según el Tribunal de instancia forzoso es concluir que, en el caso enjuiciado, no cabe apreciar que por parte del contratista se haya incurrido en la alteración contractual vedada por el Art.51 del R.C.C.L., como tampoco cabe acudir al principio de riesgo y ventura para el contratista, establecido por el Art. 57 del mismo Reglamento, sino que, por el contrario -y como ya se expresó, se trata de modificaciones de la obra proyectada autorizadas por la Corporación demandada y por su Dirección técnica de conformidad con lo dispuesto por los Arts.11 y 31 de las Normas generales para contratación de obras provinciales en Navarra, aprobadas por Acuerdo de 3 de Mayo de 1916, y que, por tanto, originan el derecho del contratista, con la correlativa obligación de la Corporación demandada, al abono de la obra realmente ejecutada, a tenor del principio en tal sentido consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico, tanto por el Art.1593 del C. Civil, como por el 47 L.C.E., y específicamente para las obras provinciales en Navarra, por los ya citados de las Normas de 3 de Mayo de 1916, sin que obste a tal conclusión el Art.12 del Pliego de Condiciones, en cuanto establece que el desmonte ha de abonarse por volumen en metros cúbicos al precio que figura en el presupuesto y cualquiera que sea la naturaleza del terreno; como tampoco el hecho de que esta misma última salvedad haya sido recogida en la correspondiente partida del presupuesto; pues, tal condicionamiento, lo mismo que el precio medio unitario de 57,46 ptas. por metro cúbico de desmonte, fue establecido sobre la base de que los metros cúbicos de desmonte total fueran 65.555,521 y, además, con la proporción del 85% de tierra y el 15% de roca; por lo que, al haber sido ejecutada la obra con las ya expresadas variaciones sustanciales respecto de ambos datos básicos, resulta inaplicable dicho precio medio y, en aras del principio antes enunciado, han de aplicarse los precios base, también integrados en el cuadro correspondiente, de 45 y 128,10 ptas. el metro cubico a los respectivos volúmenes de tierra y roca que integran el desmonte abonable realmente llevado a cabo, que es exactamente lo que se pretende por el recurrente.

resultado era incluso de mejor calidad; de ahí que en todo caso procediese aplicar la doctrina, ya reiterada en estos casos, que flexibiliza la aplicación de los artículos citados en el sentido de que pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa de modificación se ejercite dentro de los límites objetivos previstos y de las normas de competencia y procedimiento asimismo expresas, la aplicación del principio del enriquecimiento injusto determina el reconocimiento de ciertos excesos de obra sobre el proyecto efectivamente ejecutados según órdenes de la propia Administración incluso cuando esas órdenes adolezcan de algún vicio no imputable al contratista (S.T.S., de 15 de Marzo de 1978, con las anteriores que la misma cita); y en el caso presente debe partirse de la base de que las modificaciones tuvieron lugar como consecuencia del replanteo de la obra por tramos, (extremo reconocido por el Ingeniero de la Diputación) y por tanto emanadas de quien, al menos a tenor del Art. 53.2, tenía facultades para que sus órdenes fuesen acatadas por el contratista en la normal ejecución del contrato.

A mediados de los ochenta⁴⁶ hay que citar otro asunto donde el Supremo expone que los razonamientos contenidos en la Sentencia apelada que en su conjunto son aceptados han de ser matizados y precisados en atención a las específicas circunstancias que concurren en el caso concreto que aquí se examina, motivadas según se acredita en el expediente administrativo y se reconoce por las partes, por razones presupuestarias y contables de una de las entidades públicas que subvencionaban al Polideportivo. El Consejo Superior de Deportes que obligó con la máxima urgencia a la redacción del Proyecto y a la realización de las obras, hechos que han de ser ponderados en su justo valor al examinar el resultado de la prueba pericial practicada por Arquitecto Superior en cumplimiento de diligencia acordada por el Tribunal *a quo* para mejor proveer.

Aclara el Supremo que es doctrina recogida entre otras, en la Sentencia de veinte de Diciembre de 1983 y las que en ella se citan, que si las obras se han realizado y han contribuido a completar el proyecto y suplir las deficiencias presentando un acabado ajustado a los fines propuestos, no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre beneficios obtenidos por una parte con la realización de tales obras y las cargas sufridas por la otra en su ejecución. Desequilibrio, que al surgir de una relación contractual ha de corregirse por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa, siempre y cuando las modificaciones en la prestación del contrato fueran dadas por el Arquitecto Director de la Obra, lo que aquí se deduce de las certificaciones aportadas. Del examen del informe emitido por el Perito Arquitecto llega la Sala a la conclusión que la única obra realizada con el fin de completar el Proyecto y suplir sus imprecisiones fue en la piscina, al no confiar que en el subsuelo una vez realizada la excavación oportuna, por lo que el Perito estima el cambio de ejecución como obra imprevista dado que no se hicieron en su día los sondeos oportunos para calibrar la calidad del suelo existente, diferencia entre lo proyectado y realizado que alcanza la cantidad de un 1.628.856 ptas., no pudiendo en cambio merecer tal conceptualización los mayores gastos realizados en la ejecución de los frontones al parecer

⁴⁶Ver S.T.S., de 2 de Abril de 1986, Ar.4214, Ponente: D. MANUEL GARAYO SÁNCHEZ. Con fecha veintitrés de Diciembre de 1981, el Ayuntamiento de Rafelbuñol, dictó acuerdo por el que denegó a «Covilsa Constructores, S.A.» el pago de la certificación de obras en exceso número cuatro por la construcción del polideportivo de aquel municipio. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, con fecha tres de Febrero de 1984, se dictó la Sentencia hoy apelada, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Covilsa Construcciones, S.A.

motivados por su destrucción parcial por aparición de fuertes vientos, al no estar incluidos entre los que según el Art. 57 del R.C.C.L., de 9 de Enero de 1953, dan derecho a solicitar alteración de precios y no estar acreditado fuera por defecto del proyecto; en cualquier caso la alegación de esta circunstancia por el contratista fue extemporánea impidiendo su debate en la *litis* con la consiguiente indefensión de la otra parte. Por ello el T.S., estima en parte el recurso de apelación interpuesto por Covilsa Constructores, S.A. contra la Sentencia apelada que anula declarando el derecho del apelante a percibir del Ayuntamiento de Rafelbuñol la cantidad arriba citada.

De gran interés es una Sentencia de 1987, al contener la síntesis de la doctrina sobre esta cuestión⁴⁷. Así dice el T.S., lo siguiente: “A la vista de lo precedente, resulta difícil pensar que pueda pronunciarse resolución judicial distinta a la ya proferida por la Sala Territorial que ha obligado, a la Diputación a pagar la expresada cantidad al no aparecer la oposición de la misma debidamente fundada; y no pueden relevarla de hacer este pago las cláusulas que invoca del Pliego de Condiciones que, ateniéndose a lo que rezan los Arts. 51, 53, y 54 del R.C.C.L., expresaron que cualquier imprevisto no incluido en la Contrata debía ser aprobado por la Diputación; pues la jurisprudencia de esta Sala ha venido introduciendo una interpretación flexible de los indicados Art. 51, 53 y 54 del

⁴⁷ Ver S.T.S., de 20 de Octubre de 1987, Ar.8677, PONENTE: Excmo. Sr. D. Antonio Bruguera Manté. La Diputación Foral de Navarra dictó acuerdo sobre liquidación final de obras de ampliación del Colegio de Andosilla. Interpuesto recurso por la empresa Construcciones Vda. de Teófilo Serrano, SL., fue desestimado en cuanto los mismos no reconocieron una suma correspondiente a parte del precio de las obras de ampliación del Colegio Nacional de Andosilla. La empresa interpuso contra los anteriores actos recurso contencioso-administrativo ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Pamplona, que dictó Sentencia dando la razón a la contratista. La Diputación estimaba que en las condiciones de la adjudicación se prohibía alterar el Proyecto y se establecía expresamente que si surgían circunstancias imprevistas la cuestión se sometería a conocimiento y resolución de la Diputación y que las partidas de las que resultaba la cantidad reclamada eran obras no incluidas en el presupuesto de ampliación de la escuela siendo sus más importantes partidas obras de conservación del edificio viejo que debían correr a cargo del Ayuntamiento, y no de la Diputación. A estas aseveraciones se oponen las siguientes circunstancias fácticas: a) La Sociedad actora no asumió la construcción de la ampliación del Colegio Nacional de Andosillasino la terminación y remate de la obra que había dejado abandonada "Olavarría Constructores, SA.», de Bilbao, por quiebra de la misma, b) La terminación de la obra debía llevarse a cabo en dos meses, por la apremiante necesidad de disponer de la escuela ampliada para el nuevo curso escolar 1982- 1983. c) Una vez la Constructora apelada se hubo hecho cargo de la obra (cuya terminación cumplió puntualmente y a plena satisfacción), aparecieron, según certifica la Dirección Facultativa, vicios ocultos en lo que ya estaba hecho; desaparecieron también elementos por el abandono anterior de que había sido objeto la misma; y surgieron finalmente partidas de obra no previstas bien por modificación de normas o por no estar en Proyecto: d) La propia Dirección Facultativa manifiesta que la corrección de los expresados defectos tuvo que hacerse dentro del indicado plazo de obra de dos meses, manifestando que:... "sabiéndose intérprete del sentir de la Dirección de Educación (de la Diputación) manifestada verbalmente, dio las oportunas órdenes de palabra y por escrito a la Contrata (refiriéndose a la Contratista) instándole a la más rápida ejecución como puntualmente lo hizo», e) La repetida Contratista entregó la obra terminada y la misma fue recibida definitivamente a plena satisfacción por comprobarse su buen estado de construcción y f) El Arquitecto forense designado por sorteo ante la Sala Territorial señor Garrans Esparza declara que "es normal en obras de este tipo la realización de imprevistos, pero más en este caso en que, como consta en el sumario, la obra estuvo interrumpida mucho tiempo por suspensión de pagos del anterior Constructor "Construcciones Olavarría Hermanos, SA.»,; añadiendo que "durante este tiempo se deterioró parte de la carpintería, se robaron y estropearon algunas cosas y como es lógico al continuar la obra el nuevo Constructor recibió las órdenes oportunas de la Dirección Técnica para realizar estos imprevistos»; y a la pregunta de si todas y cada una de las obras cuyo pago fue rechazado por la Diputación están efectivamente realizadas, contesta que: "Efectivamente todas estas obras han sido realizadas, y según los Arquitectos y Aparejador, a su entera satisfacción».

R.C.C.L., en el sentido de que pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones del contrato, se ejercite dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento allí indicados, la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto siempre que hubieren sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de la Administración, habiéndose entendido en algunos casos que no se producía alteración sustancial del proyecto sino meramente de detalle, y habiéndose llegado en otros a afirmar que si fueron efectivamente ordenadas las obras, los vicios existentes en las órdenes como consecuencia del incumplimiento de alguno de los citados requisitos de competencia o procedimiento del Art. 54, al no ser imputables al contratista, no podían oponerse a que el mismo percibiere su importe sin perjuicio de las responsabilidades de quienes las hubieren emitido ilegalmente (Sentencias de esta Sala de 30 de Septiembre y 10 de Octubre de 1963, 16 de Diciembre de 1974, 15 de Marzo de 1978, 12 de Febrero de 1979, 21 de Noviembre de 1981, 20 de Diciembre de 1983, 24 de Enero, 27 de Febrero y 13 de Julio de 1984, 20 de Marzo y 18 de Junio de 1985); y es que como hacen notar las Sentencias de 22 de Junio de 1982 y de 12 de Junio de 1984, la legitimación de esta clase de pretensiones reclamatorias del importe de las obras efectivamente realizadas pero no comprendidas expresamente en el presupuesto, si bien no se puede corregir a través de la técnica de la *negotiorum gestio* por existir una relación contractual, se debe solventar aplicando la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa que ya en el derecho histórico dio lugar a que se le considerara origen de una de las figuras del cuasicontrato; apareciendo en el *Corpus iuris* en el que actuaba como base y medida de la responsabilidad origen de una *condictio* que posibilitaba la reclamación reparadora; institución ésta del enriquecimiento sin causa que, como es sabido, pasó a nuestro derecho a través de "Las Partidas" (Partida 7.a, Libro XVII, Título 34) y que aunque no fue recogida por nuestro C. Civil por su supeditación al Código Napoleónico, ello no ha impedido la elaboración de una doctrina jurisprudencial constante y uniforme de la que son ejemplo las Sentencias citadas más arriba y con carácter más general las más antiguas de 2 de Mayo de 1960, 12 de Mayo de 1964, 16 de Marzo de 1965, 4 de Julio de 1966, 26 de Marzo de 1969, 10 de Marzo de 1972 y 22 de Enero de 1975, entre otras; habiéndose articulado procesalmente este principio desde la época romana mediante el ejercicio de la *actio in rem verso* como señala la ya citada Sentencia de 22 de Junio de 1982; y como dice la de 12 de Junio de 1984, con cita del Art. 7.1 del C. Civil y de reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el principio de la buena fe viene a reforzar también el derecho a formular esta reclamación, pues no se puede concebir en un Estado de Derecho inspirado en la justicia, que unas obras como las de autos, efectuadas por la contratista en las circunstancias narradas y por expresa indicación de su Dirección Facultativa, pudieran quedar sin la correspondiente compensación; todo ello sin perjuicio, como es lógico, de las acciones de que la Diputación pudiese verse asistida para reclamar en su caso el reembolso del Ayuntamiento en lo que pudiera ser a su cargo o de las eventuales responsabilidades que pudiesen solicitarse de la Dirección Facultativa en el supuesto hipotético de que hubiere lugar a ellas.

También hay que citar el complicado caso de 1981 del Pabellón Municipal de Almería⁴⁸, donde expone el Supremo que: “no menos cierto es, por otro lado, que el

⁴⁸Ver S.T.S., de 21 de Noviembre de 1981, Ar.5267, Ponente: D. RICARDO SANTOLAYA (Caso Pabellón municipal de Almería). El Ayuntamiento Pleno de Almería en sesión de 2 de Agosto de 1981 acordó rescindir el contrato de adjudicación de las obras de terminación del Pabellón Municipal de los de portes adjudicado, ya que se habían ejecutado obras fuera de proyecto, sin la previa autorización corporativa. La Sala dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva estimando en parte y en Parte desestimando el recurso interpuesto por Don Gabriel contra los acuerdos del Ayuntamiento de Almería de 2 de Agosto de 1.976 sobre resolución de contrato de arrendamiento de obras y otros extremos, y de 4 de Octubre del mismo año, desestimatorio de recurso de reposición dirigido contra el anterior, debemos declarar y declaramos: 1º) Haber lugar a la desestimación del recurso contra los extremos 1º y 2º y 3º del acuerdo de 2 de Agosto y 1º del de 4 de Octubre de igual año que rechazaron la orden de obra establecida en el Acta de replanteo de fijación de precios contradictorios y la certificación de obras, por ser dichos extremos conformes a Derecho. 2º) Haber lugar a la estimación parcial del recurso respecto al extremo 4º del acuerdo de 2 de Agosto y 1º y 2º de 4 de Octubre en cuanto justifican la resolución contractual decretada en el incumplimiento del contratista, manteniendo dicho acuerdo en cuanto a la resolución decretada por inexistencia de acuerdo en cuanto a las obras fuera de proyecto; 3º) Haber lugar a la estimación del recurso en cuanto a los extremos 5º del acuerdo de 2 de Agosto, que mandaba abrir información y 4º a 7º del de 4 de Octubre relativos a indemnización de daños y perjuicios, que se anulan por ser contrarios a Derecho. 4º) Que el contrato ha quedado resuelto por denuncia del Ayuntamiento por la causa del Art. 54 b) del R.C.C.L., sin derecho a indemnización por incumplimiento por ninguna de las partes. 5º) Que no ha lugar a examinar en este juicio la existencia y montante en su caso de indemnización al actor de daños por funcionamiento anormal de los servicios municipales del Ayuntamiento de Almería o por enriquecimiento injusto del mismo. Por escritura otorgada ante el Notario de Almería en 26 de Noviembre de 1975 por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Almería y D. Gabriel, se adjudicaron a éste último mediante concesión directa las obras de construcción, del Pabellón Municipal de Deportes de Almería por un importe de 27.665,35 ptas. Siendo de destacar que en el escrito dirigido por dicho contratista al Sr. Alcalde en 10 de Noviembre de 1975, se hacía constar expresamente que conocía el proyecto del Pabellón Municipal de Deportes y la obra hasta la fecha realizada y que, asimismo, del informe del Arquitecto Municipal Contratado, Director de la Obra, de fecha 15 de Julio de 1976, aparece que el contratista conocía antes de la adjudicación de la contrata la necesidad de realizar ciertas obras previamente a las contenidas en el proyecto, hasta el punto de haber preparado un escrito al Ayuntamiento exponiendo la necesidad de las mismas, cuyo escrito se rompió "porque se suponía que con su presentación los demás miembros de la Comisión no le adjudicarían la obra" (punto H del informe). Apareciendo así mismo acreditado que en 18 de Diciembre de 1975, el mismo Arquitecto y el contratista extendieron Acta de Replanteo, para la que no consta estuviese facultado ni autorizado el referido funcionario, en la que dicho técnico ordenó al constructor la realización de una serie de obras para las que en 22 de Diciembre de 1975, ambos intervinientes fijaron los precios contradictorios de las nuevas unidades de obra sin que tampoco conste la autorización o anuencia del Ayuntamiento a dicha fijación de precios. Estas obras realizadas por el contratista no estaban incluidas ni valoradas en el proyecto -informe del Arquitecto, punto, A-, ascendiendo a 3.556.458 ptas. las realizadas y no correspondiendo ninguna de las partidas de obra efectuadas por el contratista a partida de proyecto, ya que incluso en las ordenadas en el Acta de Replanteo tienen precios contradictorios -punto D del repetido informe: Librándose en Febrero de 1976, certificación correspondiente a dichas obras por 3.556.458 ptas. que de los hechos consignados en el anterior "Considerando" aparece claramente que las obras efectuadas por el contratista, se han realizado alterando sin autorización anterior ni ratificación posterior del Ayuntamiento las prestaciones a que venía obligado el constructor y la contradicción con lo dispuesto por el Art. 51.1 y 2 del R.C.C.L., sin que la intervención en el Acta de Replanteo y en la fijación "de precios contradictorios de un técnico municipal pueda vincular al Ayuntamiento, pues si bien es cierto que los técnicos pueden autorizar variaciones de detalle Art. 53 del Reglamento de Contratación necesitan autorización expresa, que no existió en el presente caso, en el que además ni pueden ser calificadas como meras variaciones da detalle aquellas obras que superan el 20% del Presupuesto de la obra, por lo que no ha existido conformidad válida del órgano municipal competente para obligar al Ayuntamiento con sus actos. Debiendo señalarse finalmente que ni siquiera puede alegarse por el actor la existencia de una apariencia de legalidad en la actuación del técnico director de la obra, toda vez que el contratista conocía, tanto los términos del proyecto como "la negativa de los miembros de la Corporación a autorizar las obras previas que él técnico

estimaba necesarias y que el contratista llevó finalmente a cabo sin autorización de la Corporación, que no dio su aprobación a dichas obras según el acta de la reunión de la Comisión de Obras Públicas del 7 de Enero de 1976, folio 36 del expediente. En consecuencia, debe desestimarse el recurso en cuanto a los extremos 1º y 2º del acuerdo municipal de 2 de Agosto de 1976, por los que se rechaza la orden de obra contenida en el Acta de Replanteo y se niega la conformidad con los precios contradictorios; por hallarse, tales extremos ajustados a Derecho. Que si las obras cuyo cobro se pretende no pueden ser exigidas en base a unos actos en que no ha intervenido válidamente la Administración por sus órganos; tampoco puede pretenderse el cobro de las realizadas como se hace por el actor; imputándolo al importe de la contrata, toda vez que, como ha quedado acreditado, se trata de obras no incluidas en proyecto, únicas de que puede certificarse por el constructor, por lo que debe igualmente desestimarse el recurso contra el extremo 3º del acuerdo de 2 de Enero de 1976, por el que se negó aprobación a la certificación de obras ejecutadas no ajustadas a los términos de la contratación, por hallarse dicho acuerdo ajustado a Derecho. Que si bien no se aprecian suficientes motivos para la resolución por incumplimiento de una u otra parte, la situación a que se ha llegado como consecuencia de los hechos relatados en el primer "Considerando" es la de haber surgido modificaciones imprevisibles e inevitables en el contrato, previsto en el Art. 54 del R.C.C.L., ante las cuales no ha existido acuerdo válido entre las partes en orden a la fijación de precios contradictorios ya que la realizada por el técnico municipal sin la autorización del Ayuntamiento no puede vincular a este; supuesto que conforme al Art. 54 b) del Reglamento mencionado faculta al Ayuntamiento para denunciar el contrato sin derecho a indemnización para ninguna de las partes. Y siendo tal llamada denuncia un modo de resolución de las obligaciones contractuales, es lícito concluir que dicha denuncia está contenida en el acuerdo de rescisión adoptado por el Ayuntamiento o de resolución como se le denomina en el acuerdo desestimatorio de la reposición, por lo que tales acuerdos, si bien nulos en cuanto dan por terminada la relación contractual por la falta de acuerdo entre las partes acerca de la fijación de precios contradictorios. Que a través de las apelaciones interpuestas tanto por el contratista como por el Ayuntamiento de Almería se viene a impugnar desde opuestas y contradictorias posiciones, la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Granada en 10 de Octubre de 1978, que al estimar parcialmente y en parte desestimar el recurso ante ella promovido por el contratista citado contra los Acuerdos Plenarios del Ayuntamiento de Almería de 2 de Agosto y 4 de Octubre de 1976, sobre resolución del contrato de obras entre las partes hoy apelantes celebrado para ejecución de las obras de terminación del Pabellón Municipal de Deportes de dicha Capital, vino a confirmar los acuerdos recurridos: a) En cuanto que no aceptaron la orden de realizar las obras que se consignan en el acta de replanteo dada por el Arquitecto Municipal director de la misma, toda vez que además de no responder a la relación contractual establecida, se trata de obras ya ejecutadas que no pueden ser rechazadas sin previa legalización b) No prestar conformidad a los precios contradictorios fijados por dicho Arquitecto y el contratista porque su aprobación debe ser previa a la ejecución de la obra; y c) No aprobar la certificación de obras librada por no estar ajustadas dichas obras a los términos de la contratación, por estimar que los mismos eran conformes a derecho; estimando parcialmente el recurso interpuesto, respecto de la declaración de resolución del contrato celebrado, en cuanto que se justificaba la misma en el incumplimiento manifiesto del mismo, por parte del contratista, manteniendo la resolución decretada por inexistencia de acuerdo en cuanto a las obras ejecutadas fuera de proyecto; y estimando totalmente el recurso formulado respecto de los demás pronunciamientos de los Acuerdos impugnados por ser contrarios a derecho, y declarando, en fin, que el contrato ha quedado resuelto por denuncia del Ayuntamiento por la causa del Art.54 b) del R.C.C.L., sin derecho a indemnización por ninguna de las partes, y que no había lugar a examinar en éste proceso la existencia y montante, en su caso, de indemnización por daños al contratista por funcionamiento anormal de los servicios municipales o por enriquecimiento injusto del mismo frente a cuyo fallo ambas partes apelantes solicitan su revocación y respectivamente, la íntegra estimación desestimación de las pretensiones formuladas en la demanda. por escrito fechado en 10 de Noviembre de 1975, se dirigió á la Alcaldía de Almería exponiendo que tenía conocimiento de haber sido declarada desierta la licitación de las obras de terminación del Pabellón Municipal de Deportes y que le interesaba, se le "adjudicara directamente dicha obra y haciendo manifestación expresa de conocer el Proyecto y la obra que hasta la fecha se había realizado del mismo, se obligaba en forma solemne: a) A ejecutar la obra con arreglo al proyecto y Pliego de Condiciones, en el plazo que en los mismos se señalaba, y por precio de 27.665.354,24 ptas. b) A constituir, fianza definitiva por 714.307,08 ptas.; y, c) A otorgar escritura pública con arreglo a lo ofrecido en éste escrito y a los pliegos de condiciones; 2º.- Que de dicha oferta

conoció el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el mismo día de Noviembre, acordando contratar las obras por concierto directo con el Señor Gabriel en las condiciones ofrecidas; prestándose por el contratista fianza definitiva por 724.000 ptas., y formalizándose el contrato por escritura pública otorgada el día 26 del mismo mes de Noviembre; 3º.- Que en 18 de Diciembre de 1.975, por el Arquitecto Municipal, director técnico de la obra y el contratista adjudicatario, se levantó acta previa de replanteo, en la que el Arquitecto hacía constar "el deficiente estado en que se encontraban las obras ya realizadas que describe, y que mientras se aprobaba la redacción del proyecto complementario solicitado y ordenaba a la contrata la realización de las obras siguientes: a) Limpieza general; b) Demolición de las construcciones ya existentes inservibles y reconstrucción de las mismas; c) Ampliación y terminación de cimentaciones y zunchos; d) Construcción de muros; y e) Todas las partidas del proyecto que puedan realizarse; 4º. Que en 22 de Diciembre dicho Arquitecto y el contratista teniendo en cuenta el contenido del acta de replanteo y de acuerdo con el Pliego de Condiciones establecieron los precios contradictorios para las unidades de obra que no figuraban en el proyecto; 5º.- Que realizadas por el contratista las obras ordenadas, consideradas como previas e imprescindibles para poder afrontar la ejecución del proyecto adjudicado, el importe de las mismas valoradas con arreglo a los precios contradictorios establecidos ascendió a 2.687.330,31 ptas., de ejecución material, 297.601 ptas., por acopio de material y 107.641 ptas., por maquinaria en obra, en total 3.556.468,15 ptas., librándose por el Arquitecto en 20 de Febrero de 1976, la oportuna certificación de obra, que ciertamente incurre en la contradicción de que referida a obras no incluidas en el proyecto adjudicado, su importe se deduce del presupuesto proyectado en 27.665.354,24 ptas. 6º.- Que al no ser satisfecha por el Ayuntamiento la certificación, en 26 de Marzo el contratista se dirigió al Ayuntamiento solicitando que se le señalasen las partidas de obra que podrían realizarse de acuerdo con el proyecto y que no estén incluidas en el Proyecto Adicional de Enero de 1976, el que por motivos que ignora no ha sido aprobado como se le prometió, ya que al no hacerlo la obra está estancada, solicitando igualmente que, se le abonase el importe de la certificación; volviendo a presentar en 8 de Abril siguiente otro escrito, en el que haciendo referencia a los antecedentes del caso, reiteraba qué se le señalasen de una forma clara y precisa las partidas del proyecto que habían de realizarse primeramente, y que se le abonase la indicada certificación pero solo respecto del importe de la obra materialmente ejecutada, mas el del 15 por 100 de beneficio industrial., en total 3.090.429,85 ptas., reservándose el derecho de reclamar posteriormente el importe de los otros dos conceptos; 7º, que en 26 de Junio de 1976, el Jefe del Negociado de Obras Públicas Por Orden del Alcalde solicitó del Arquitecto Municipal Jefe información sobre las causas por las que estaban paralizadas las obras y el porqué no se había puesto ello en conocimiento de la Corporación, que obras realizadas por el contratista estaban incluidas en el proyecto y las realizadas fuera del mismo, determinación de la posibilidad de realización completa del proyecto y remisión de la certificación de obras; y del acta de precios contradictorios; a lo que por indicación del Arquitecto Jefe, el Arquitecto señor Luis Alberto, el día 15 de Julio siguiente contestó en los términos siguientes: a) Que las obras del Pabellón se encuentran paralizadas porque las obras previas de ejecución no están valoradas en proyecto, incluso las indicadas en el acta de replanteo, y que ello originó el acta de precios contradictorios de 22 de Diciembre de 1975, que sirvió de base para la confección del Presupuesto Adicional de Enero de 1976 con un montante de contrata de 7.570.432,09 ptas.; extremos que eran conocidos por la Corporación y fueron debatidos en la Comisión de Obras Públicas en la reunión de 7 de Enero de 1976; b) Que por el informante en las reuniones de la Comisión de Obras Públicas se ha comunicado reiteradamente la paralización de tales obras, como lo acredita el acta correspondiente a la celebrada por la Comisión de Urbanismo el día 17 de Febrero de 1976; c) Que ninguna de las partidas de obra realizadas corresponde a partidas del proyecto, ya que incluso las ordenadas en el acta de replanteo tienen precios contradictorios, y que éstas obras vienen reflejadas en la certificación de obras de 20 de Febrero de 1976, de la que afirma se hizo como consecuencia de las recomendaciones de los miembros de la Corporación en la Comisión de Urbanismo celebrada el 17 de Febrero, añadiendo que aunque no figure en el acta, se trataba de determinar, medir y valorar toda la aportación hecha por la contrata para las obras del Palacio Municipal de Deportes, incluso maquinaria adquirida para tal fin, al objeto de liquidar a la contrata para que dejara las obras, sugerencias o recomendaciones que le fueron hechas como consecuencia de la diversidad de opiniones sobre la conveniencia o no de realizar tal Palacio de Deportes, o por el contrario; transformar lo actualmente existente en pista de atletismo cubierta; y d) Que no admitía la posibilidad de realización completa del Proyecto por insuficiencia de mediciones, falta de partidas, inadaptación del terreno, partidas que es preciso demoler y reconstruir y limpieza de estructura; 8º que en 7 de Julio de 1976, se presentó en el Ayuntamiento escrito fechado en 29 de Junio anterior en el que el contratista siguiendo las indicaciones

propio relato, fáctico, evidencia una irregular actuación del Ayuntamiento recurrente, manifestada no solo en la falta de contestación, a los reiterados requerimientos del contratista para que se le señalasen claramente las partidas del proyecto que hablan de realizarse primeramente sino además, porque informadas las Comisiones de Obras Públicas y Urbanismo en sesiones celebradas en 7 de Enero y 17 de Febrero de 1976, por el propio Arquitecto, de la orden por él indicada en el acta de replanteo, de ejecutar obras fuera del proyecto, dichas Comisiones, que al menos en dichas reuniones, estuvieron presididas por el Señor Alcalde, lejos de dar inmediata cuenta al órgano correspondiente para que por éste se adoptase el Acuerdo que estimara procedente, acordaron, dejar pendiente ésta cuestión sobre la mesa, dando lugar con dicha pasividad a que dichas obras fueran realizadas.. que frente a la declaración del Art. 51 del R.C.C.L., de 9 de Enero de 1953, que proclama, que los contratos administrativos son inalterables a partir de su perfeccionamiento, y que deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas, los Arts. 53 y 54 consagran el *ius variandi* o poder de la Administración para unilateralmente modificar las prestaciones de los mismos; pero el ejercicio de esa potestad administrativa, como se deduce de los artículos citados y con reiteración tiene declarado ésta Sala, tiene que ser realizado dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento que en ellos van implícitas, correspondiendo exclusivamente a la Corporación Municipal y no a su Arquitecto, la competencia para ordenar las variaciones de la obra contratada que estime necesarias o convenientes por razón del interés público; competencia que, la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de Junio de 1955, atribuye al Ayuntamiento Pleno apartado d) del Art.121.b o a la Comisión Municipal Permanente Art.122 b. Considerando que sin embargo, la moderna jurisprudencia de esta Sala ha introducido una interpretación flexibilizadora de los Arts.53 y 54 antes citados, declarando en Sentencia de 15 de Marzo de 1978 de que pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción a las normas de competencia y procedimiento y dentro de los límites objetivos en ellos explícitos, la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto que hubiese sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilidades de quien las hubiese emitido; doctrina jurisprudencial que se reitera en Sentencia de 12 de Febrero de 1979 y que resulta plenamente aplicable al supuesto aquí controvertido,

del Arquitecto director de la Obra que para ello se había trasladado exprofeso a Santa Cruz de Tenerife "siguiendo las recomendaciones y sugerencias del Presidente de la Comisión de Urbanismo pedía que se le valorasen las obras por el ejecutadas, y en el caso de que se fuesen abonadas y devuelta la "fianza se comprometía a dejar las obras; y 9º. Que previo informe de la Comisión de Urbanismo, el Ayuntamiento Pleno en sesión "celebrada en 2 de agosto de 1976, y después de no aceptar la orden de obra dada en el acta de replanteo, no prestar conformidad a los precios contradictorios establecidos, ni aprobarla certificación de obras librada consideraba rescindido el contrato, e interpuesto recurso de reposición contra el mismo fue desestimado por Acuerdo plenario de 4 de Octubre de 1976.

en el que las modificaciones en las prestaciones del contrato celebrado tuvieron lugar como consecuencia de la orden dada al levantarse el acta de replanteo por el Arquitecto director de la obra, y por ende emanada de quien al menos tenía facultades para que sus ordenes fueran acatadas por el contratista en la normal ejecución del contrato. Por el contrario, la Sala no comparte el criterio, sentado en la Sentencia recurrida, que le llevaron a declarar en el 5º de sus pronunciamientos que no había lugar a examinar en éste juicio la petición sobre la indemnización por el contratista solicitada, ya que se estima, y con independencia de la causa de pedir en que la misma pueda ser apoyada, que ésta cuestión si debe ser resuelta en éste proceso, porque en último término, la indemnización pedida surge del cumplimiento, anormal. Si se quiere, de un Contrato de obras celebrado; resultando además procedente por aplicación de la doctrina jurisprudencial citada, la estimación de la misma, ya que de no ser así se produciría un enriquecimiento injusto para el Ayuntamiento en perjuicio del contratista; conclusión a la que tendríamos que llegar incluso en la hipótesis de que la realización de esas obras ejecutadas por el contratista en beneficio de la Administración no contase con una base paccionada por elemental que fuese, ya que como también tiene declarado ésta Sala en Sentencia de 11 de Octubre de 1979, ante dicha situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes lo procedente sería configurar jurídicamente dicha situación como un cuasi contrato de gestión de negocios *negotiorum gestio* en virtud del cual la Administración debería compensar al cuasi contratista por la utilidad que su actividad le haya reportado, disponiendo éste de una acción in rem verso fundada en el enriquecimiento sin causa que se produciría de no funcionar los debidos resortes compensatorios. Considerando que declarada la procedencia de la indemnización solicitada, ésta a la vista de lo actuado en el expediente administrativo, queda concretada en el importe de la certificación en 20 de Febrero de 1976, impedida por el importe de la ejecución material de las obras fuera de proyecto realizada, acopio de materiales y de maquinaria en obra, por cuantía de 3.556.458,15 ptas. , ya que en dicha cantidad es en la que se produciría un enriquecimiento sin causa del Ayuntamiento si no fuera por él abonada.

Frente a este bloque de Sentencias hay que hacer referencia a otro conjunto de asuntos donde no se reconoce que haya que indemnizar al contratista.

En general, no se reconocía el derecho a indemnización por enriquecimiento injusto cuando las obras de modificación las había ejecutado el contratista *motu proprio* sin existir orden ni acto administrativo de cobertura. A este respecto, ya en la década de los setenta⁴⁹ se puede citar un asunto de 1978⁵⁰. El T.S., ampliando los fundamentos de la

⁴⁹ Ver S.T.S., de 18 de Febrero de 1974, Ar.749, construcción de un puente no previsto en el proyecto, necesario para facilitar el acceso a la construcción de un aprovechamiento hidráulico por el concesionario. No hay enriquecimiento injusto por el gasto en acondicionar una carretera mal acondicionada.

⁵⁰ Ver S.T.S., de 15 de Marzo de 1978, Ar.1164, sobre la ejecución de obras destinadas a un colegio, como consecuencia de que el proyecto sometido a licitación presentaba una serie de deficiencias que era necesario subsanar, tanto las obras de detalle como las demás de ampliación, como de modificación, tal y como aparecen ambos contenidos en la liquidación practicada por el arquitecto director de la obra, y no pasando en conjunto del equivalente a una quinta parte de la obra inicialmente presupuestada, procede que la Corporación demandada abone su importe. Según parece, el Ayuntamiento no había autorizado ni acordado modificación o reforma alguna del proyecto. En la Sentencia recurrida se dice que sólo procede abonar al contratista la obra que realmente ejecute, con sujeción estricta al proyecto y sus modificaciones debidamente aprobadas. Que no tendrá derecho el adjudicatario al pago de las innovaciones o mejoras

Sentencia apelada que acepta, señala que la jurisprudencia ha venido introduciendo una interpretación flexible de los Arts.53 y 54 del R.C.C.L., en el sentido de que, pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa de modificar las prestaciones del contrato se ejercite dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento allí explícitas, la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, posibilita el reconocimiento en los contratos de las reclamaciones por excesos sobre el proyecto, siempre que hubieran sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de la Administración –así, entre otras, en las invocadas S.T.S., de 30 de Septiembre de 1963, Ar.3978, de 10 de Octubre de 1963, Ar.4734, etc., por entender en algunos casos que no se producía una alteración sustancial del proyecto sino meramente de detalle, pero llegando en algún otro a afirmar que si fueron efectivamente ordenadas las obras, los vicios existentes en las órdenes como consecuencia del incumplimiento de alguno de los citados requisitos de competencia o procedimiento del Art.54 al no ser imputable al contratista, no podían oponerse a que percibiese su importe, sin perjuicio de las responsabilidades de quienes las hubieran emitido ilegalmente (S.T.S., de 16 de Diciembre de 1974, Ar.5218).

Considerando que, sin embargo, esta doctrina requiere junto a la efectiva realización y entrega de las obras (con el correlativo enriquecimiento) que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de la efectiva potestad, lo que supone la inaplicabilidad a este caso puesto que, en primer lugar, la prueba pericial puso de relieve una básica inseguridad de que las obras cuyo importe se reclaman, constituyan en realidad un exceso económico sobre el precio de la contrata, al existir junto a unidades que excedan del proyecto y otras que lo modifican, otras proyectadas que no se ejecutaron y algunas más que lo fueron en menor medida de lo previsto, y al no haber sido éstas valoradas resulta imposible conocer si lo ejecutado rebasaba realmente lo no desembolsado por aquel motivo; pero es que tampoco resultó probado que las órdenes de modificación fueran dadas por órgano alguno de la Corporación, pues ni hay constancia de acuerdo, ni mandatos directos del Alcalde, y lo más que puede colegirse de las declaraciones testificales, es que los maestros formulaban algunas sugerencias en relación con aspectos funcionales de las escuelas que se construían, las cuales, pudieron ser aplicadas por el arquitecto, lo que en este caso, resultaba totalmente insuficiente, ya que las cláusulas 38 y 39 del Pliego de Condiciones establecieron taxativamente la sujeción al proyecto y sus modificaciones debidamente autorizadas, pero sobre todo, que carecía el contratista del derecho al pago de trabajos distintos de los proyectados y presupuestados, realizados sin orden escrita del Pleno de la

hechas voluntariamente, aunque fuesen beneficiosas para el municipio, tampoco se admitirán reclamaciones por trabajos distintos del proyectado y presupuestos realizados sin orden del Pleno de la Corporación comunicada por escrito. Todo esto es conforme con el R.C.C.L., y normas estatales o locales reguladoras del contrato de obra pública. Consta en autos que el contratista no presentó en el Ayuntamiento proyecto alguno para su modificación y que la Corporación demandada había pagado ya el precio pactado, sin que existiese acuerdo municipal alguno que autorizase la reforma, ampliación o modificación del acuerdo de construcción del colegio nacional, ni decretos, comunicaciones, órdenes o acto administrativo alguno contrario al proyecto, era indudable que la única conclusión a la que podía llegarse, era que las obras cuyo pago ahora se reclama, o bien, caían dentro del proyecto y su realización tenía que ejecutarse por el contratista, en virtud del acto signado entre actor y demandado, o bien, caían fuera, por rebasar el presupuesto aprobado y, en este caso su cobro era imposible al faltar la autorización municipal, salvo que el municipio realizara –cosa que hasta entonces no había hecho una aprobación adicional, si estimaba que correspondía incrementar el pago de lo hasta entonces no abonado.

Corporación, con lo cual, al ser conocida esta cláusula por el contratista no podía obligarle orden alguna que no se impartiese en aquella forma, ni le cabe a él alegar el cumplimiento de las que no cumpliesen estos requisitos para exigir el abono del exceso, cuando precisamente había estipulado lo contrario.

También podemos citar un asunto de finales de los setenta⁵¹ donde el Supremo aclara que las pretensiones no pueden ser tomadas en consideración, por cuanto con independencia de cuanto se alega en la Sentencia de instancia, es patente que el contrato de electrificación en cuestión, se ha llevado a efecto con la más absoluta de las irregularidades, ya que ni se elevó a escritura pública, ni constituyó la fianza que exige el R.C.C.L., ni se cumplió en los términos pactados, ya que su contenido fue constantemente modificado en función de intereses ajenos a los públicos o primordialmente municipales, como lo acredita, que los pagos efectuados que exceden de la cantidad total de contratación, se llevaron a efecto mediante cambiales, algunas veces renovadas, y a través de una cuenta bancaria que giraba bajo la denominación de Junta de Electrificación Rural de San Mateo de Bagas y Castelltallat, donde, a lo que parece, los particulares interesados en modificaciones, a ellos favorables, ingresaban cantidades compensatorias de los incrementos de gastos que originaban la satisfacción de sus apetencias o necesidades, pero sin que se tenga seguridad, si ello sucedió siempre para las cuantías adecuadas, involucrándose de ese modo intereses públicos y privados, dándose la confusión que pone de manifiesto la Sentencia de instancia y la misma carta de la Alcaldía de 13 de Mayo de 1972, pues aunque es cierto que en ella se reconoce la existencia de un exceso de obras sobre las contratadas, también se cita, con referencia a la instancia de siete de los citados mes y año, que en ella se mencionan obras no realizadas y del contexto de toda ella se extrae la consecuencia puesta de manifiesto anteriormente, viniendo a corroborar lo dicho, el contenido del libramiento de 16 de Febrero de 1971, por el que se hace pago de la cantidad de un 1.268.810 ptas., al hacerse constar en él, que tal cantidad es el "saldo final del importe total por el que se adjudicó la obra de electrificación rural de la parte Alta de San Mateo de Bagés y de su agregado Castelltallat", quedando así cancelado con tal entrega "el compromiso de pago adquirido por este Ayuntamiento con la empresa de referencia"; es decir, de ello se infiere que todo lo demás eran cuestiones ajenas a la obligación municipal contraída, sin que ello sea obstáculo para que la Corporación tratase de obtener una mayor subvención de la Compañía de electricidad en relación con la obra de electrificación, pues claramente se deduce de las cartas de 22 de Agosto de 1970, y de diez y 9 de Abril de 1971, que las modificaciones habidas eran ajenas a la Corporación y atinentes a varios vecinos, no obstante lo cual, espera a favor de éstos y una vez realizadas las pertinentes comprobaciones que Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A. favorezcan tales adiciones

⁵¹Ver S.T.S. de 2 de Febrero de 1979, Ar.810. Ponente: D. JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ. Por el Ayuntamiento de San Mateo de Bagesse tramitó en su día el proyecto de ejecución de las obras de electrificación del término municipal, haciéndose el correspondiente presupuesto que fue adjudicado a la Compañía Auxiliar de la Distribución de Electricidad "Cobra, S.A." y se firmó el oportuno contrato, siendo certificadas las obras por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos. La Entidad adjudicataria solicitó del Ayuntamiento la recepción provisional de las obras ejecutadas según la adjudicación efectuada por dicha Corporación, incluyéndose las obras efectuadas a consecuencia de solicitudes de diversos particulares que supusieron modificaciones y ampliaciones sobre lo originariamente adjudicado, no dándose lugar a la solicitud formulada por acuerdo del Ayuntamiento. La contratista interpuso recurso judicial que fue rechazado.

con una participación en su costo análoga a la anterior que alcanzó al 25% del valor del proyecto.

En la jurisprudencia se ponía el acento en que la teoría del riesgo y ventura justifica que sea el contratista el que corra con los gastos en caso de hacer una modificación no prevista en el proyecto, y no amparada por una orden de la Administración.

Así, en otro asunto de 1978⁵², un acuerdo del Ayuntamiento de Madrid, respecto al proyecto inicial de reforma y adaptación del parque y centro de clasificación de mendigos, sujeto posteriormente a un proyecto adicional o complementario. Dichas obras se suspendieron y no se reanudaron, denunciándose ante el ritmo lento y el abandono de la obra, aunque se había realizado el 90% de la obra contratada. El contratista ha utilizado siempre en relación con el desarrollo y ejecución de la obra como argumento básico de sus pretensiones, el hecho de que llevaba gastado en ella más dinero que el presupuestado, y no que hubiese realizado más unidades de obra. Cuando tardíamente ha querido referirse a este supuesto para alegarlo como hecho nuevo en la demanda, lo ha basado de modo genérico en exigencias de la Administración en instrucciones verbales aludidas de forma vaga e inconcreta, olvidando que los contratos son inalterables para el contratista a partir de su perfeccionamiento; que deben ser cumplidos con estricta sujeción a los Pliegos de Condiciones, por lo que no pueden entenderse comprendidos en él, prestaciones cualitativas o cuantitativamente distintas de las estipuladas (Art. 51 del Reglamento); que las unidades de obra no consignadas en el proyecto solamente tiene derecho a cobrarlas el contratista si le han sido expresamente ordenadas por escrito por el arquitecto encargado (Art. 123 del Pliego de Condiciones). Por último, el carácter de <<riesgo y ventura>> del contratista con que se entienden convenidos los contratos de las Corporaciones Locales (Art.5 7 del R.C.C.L.) excluyen cualquier reclamación que no se funde en los motivos enumerados en dicho precepto, como pudiera ser el deficiente cálculo de la baja de precios con que se acudió a la licitación o cualquier otro no justificado, en los términos requeridos por el expresado Art.57 o en fallos producidos en la administración de la obra. El T.S. entiende por otro lado que ningún valor puede otorgarse a las aseveraciones del contratista en el sentido de que ha realizado un exceso de unidades de obra, lo que si fuera cierto, tampoco le daría derecho a reclamación ya que no es exigible el pago adicional por obras no previstas en el proyecto, no ordenadas por escrito por el arquitecto encargado, y si lo acontecido es que el contratista invirtió tan excesiva cantidad en la realización de las unidades de obra contratadas, ello significaría, que no fueron exactas sus previsiones al comprometerse a su realización por un precio inferior, que su administración no fue correcta, o que le surgieron imponderables que no siendo susceptibles de encaje en el Art.57 del R.C.C.L. tiene que afrontarlos el contratista por sí mismos como consecuencia del principio de riesgo y ventura.

En este período el T.S. no ampara actuaciones del contratista, aunque hayan sido efectuadas por el arquitecto municipal o el alcalde de turno, si no existe un respaldo del órgano competente que en este caso, es el Pleno del Ayuntamiento respectivo.

⁵² Ver S.T.S. de 15 de Diciembre de 1978, Ar.4609.

En relación con este se puede empezar citando un caso de 1979⁵³. Explica el T.S. que en efecto, el Art.57 del R.C.C.L., sienta como principio general, que los contratos en que intervengan estas Corporaciones se entenderán siempre convenidos, a riesgo y ventura para el contratista, sin que éste pueda solicitar alteración del precio o indemnización alguna, excepto en los casos que a continuación enumera el precepto que se estudia; por lo tanto, el arsenal probatorio desplegado para justificar la necesidad de ejecutar las obras supletorias o adicionales, estimadas necesarias por los técnicos municipales del Ayuntamiento de Valdeolea, sin el consentimiento o autorización expresa y concreta para ellas de la Corporación contratante, devienen totalmente irrelevantes por la doble razón de infringir lo dispuesto en el Art. 53.2 del mencionado Reglamento y además porque solamente la Corporación y no su arquitecto, es competente para hacer las variaciones en la obra que se estimasen necesarias, toda vez que las efectuadas no están comprendidas en las excepciones reglamentarias que recoge el Art. 57 a que se hace mención, teniendo en cuenta que esta competencia se atribuye al Ayuntamiento en Pleno, según el Art. 121.d de la Ley de Régimen Local de 24 de Junio de 1955, a la Comisión Permanente de acuerdo con el apartado B) del 122 de la misma Ley, supuestos legales ambos que no han tenido aplicación en el recurso como fácilmente se advierte de las propias manifestaciones del recurrente y que hacen nulo este mandato por lo dispuesto en el Art. 47 apartado a) de la Ley de Procedimiento Administrativo. Que tampoco puede deducirse esa autorización para las variantes operadas, como lo hace la Sentencia recurrida de los artículos tres y siete del Pliego de Condiciones que figura en el expediente administrativo, pues su lectura hace mención a la forma de pago y a la garantía que debe prestar el contratista, siendo de advertir, por otra parte, que en la dinámica contractual y como derecho supletorio tiene aplicación indudable el principio consagrado en el C. Civil, en su Art. 1256, que el cumplimiento de los Contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Que por cuanto antecede y, además, por lo que dispone el Art. 99 del Reglamento invocado de 9 de Enero de 1953, la Administración ha interpretado correctamente el contrato de autos en uso de la facultad que la confiere el precepto reglamentario citado a cuyo resultado debe estarse, siendo par ello obligado estimar el presente recurso de apelación.

En 1980, es relevante un pronunciamiento que recogía un problema formal importante pero que no sirvió para convencer al T.S., de que debía reconocer la indemnización al contratista⁵⁴. El T.S., declara que el Art. 1.d, del R.C.C.L., en función

⁵³Ver S.T.S., de 18 de Abril de 1979, Ar.2121, Ponente: D. ENRIQUE MEDINA BALMASEDA. El Ayuntamiento de Valdeolea (Santander) contrató la construcción de un Colegio Libre Mixto Adaptado. Las obras fueron ejecutadas bajo la dirección del Arquitecto nombrado por la Corporación; pero habiéndose efectuado por dicho Arquitecto diversas modificaciones en el plano de la obra, con variaciones de unidades de obra, había supuesto sobre el presupuesto primitivo, una elevación de precio, cantidad que el contratista reclamó al Ayuntamiento por mayores obras realizadas, reclamación que le fue denegada. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos, en Sentencia de 18 de Junio de 1974, estimó en parte el recurso condenando a dicho Ayuntamiento.

⁵⁴Ver S.T.S., de 12 de Noviembre de 1980, Ar.4489, Ponente: D. AURELIO BOTELLA TAZA. "Construcciones Panera S.A.," pretendió la revocación del Acuerdo del Ayuntamiento de Collado-Villalba de 14 de Octubre de 1971, por el que se desestimó el recurso de reposición a la reclamación contra el acuerdo del mismo Ayuntamiento, por el que se delegaba el pago de una certificación de obra en la que se hallaban incluidos determinados conceptos por ampliación, de la contratada inicialmente. Que en la Clausula 7ª del Pliego de Condiciones se estipuló que " bajo ningún pretexto podían justificarse más obras que las figuradas en el Proyecto y Presupuesto de la contrata, ni ser aumentado su importe, salvo

de garantía de los intereses públicos comprometidos en esta esfera de la actividad administrativa, incluye entre los elementos esenciales del contrato el cumplimiento de las formalidades exigidas en las disposiciones vigentes, condición que actúa no solo sobre el perfeccionamiento y ejecución del contrato hasta su extinción por cumplimiento, sino que tal control y típicos determinantes formales extienden su función de garantía a cualquiera otra especie de extinción, entre ellas la novatoria, e incluso actúa en supuestos de simple modificación del condicionamiento contractual como aquí es el invocado por la Constructora apelante y relativo a las supuestas y, por ella alegadas, mejoras introducidas a virtud de posterior convenio con la consiguiente alteración del proyecto primitivo; circunstancias que separan y alejan el caso actual del contemplado por la Sentencia de esta Sala de 22 de Enero de 1975, toda vez que en ella se examina un supuesto de invalidez total del contrato por vicios insubsanables del procedimiento de subasta, o base procedimental constitutiva del factor formal de precedente referencia, con la derivada problemática de al haberse ya ejecutado el contrato, con un enriquecimiento subsiguiente, sin causa, por ser nula para la Administración, puede determinar o fundamentar acciones de resarcimiento *modo de in ren verso*, y sin necesidad de acudir a instituciones de difícil encaje en el ámbito administrativo, se pudiera más bien motivar un funcionamiento anormal de la actividad administrativa en la tramitación de la subasta, a manera de *culpa in procedendo*, mientras que aquí la pretendida y simple variación de cláusulas cuantitativas de obra, requirente también de base procedimental o acuerdo del Ayuntamiento, no afecta a la validez o existencia individualizada del contrato, sino a alteraciones superpuestas en fase de ejecución de las obras, con la diversa problemática fundente de recurso y la apelación, de que el necesario acuerdo del órgano colegiado municipal Arts. 53 a 55, 57 y 85.1.c del Reglamento citado al principio vinculante al pago de mejoras ejecutadas, puede ser satisfactoriamente sustituido por decisión del Alcalde como órgano unipersonal, tesis inefectiva por cuanto no fue este, quién contrató con la actora, ni era doble hacerlo al mismo tiempo, con carácter de conformidad con los Arts.121.d de la

fundado acuerdo en contrario por rectificaciones legales autorizadas a causa de revisiones de precios" añadiendo que en cuanto a tres partidas que especifican las cantidades que importan se considerarán a justificar por el contratista, al que se le abonará el precio real que hubiese satisfecho por las mismas, por lo que en aplicación de lo dispuesto en los Arts. antes citados no cabría la posibilidad de reclamar una cantidad superior a la suma en que fue adjudicada la obra al recurrente, cuando éste no ha justificado que dicho importe corresponda a las partidas determinadas en las cláusulas, cuyas obras eran las únicas susceptibles de reclamación sobre la cantidad en que fue adjudicado el contrato de obras. Que para que el contratista tuviere derecho a reclamar mayor cantidad a la que se obligó, bien por haber realizado mayor cantidad o calidad de obra, sería imprescindible, que con los mismos requisitos y con intervención del Ayuntamiento en pleno, se hubiera modificado el contrato, haciendo uso el Ayuntamiento de las facultades que le concede el Art.121 de la L.R.L., lo cual no se efectuó; violándose el principio de *pacta sunt servanda* en el orden sustantivo e incumpléndose los principios formales que regulan la contratación administrativa en el objetivo, realizándose un acto arbitrario por el Alcalde al autorizar sin contar con el Ayuntamiento en pleno, unas modificaciones, que no tienen por qué obligar a la Corporación por defectos formales. Que a la recepción definitiva de las obras, a la que los actores dan una importancia decisiva como argumento probatorio de la aprobación de ellas, no se le puede dar tal alcance, ya que de conformidad con el Art. 121.d, de la L.R.L., corresponde al Ayuntamiento en pleno o en su defecto a la Comisión Permanente, conforme el Art. 122.b, la facultad de aprobar las obras, no al Alcalde y siendo esta norma formal obligatoria en la contratación administrativa, de imperativo cumplimiento, bajo mención de no vincular a la Corporación (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Marzo de 1970) y habiendo omitido el requisito de la aprobación por el Pleno de la ampliación de las obras, es ajustado a derecho el acuerdo que niega el pago de las cantidades derivadas de la mayor obra ejecutada.

L.R.L.; 122.1 del Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales y 2º del Reglamento de Contratación de dichas Entidades, siendo obvio, que solo el órgano legal o reglamentariamente capacitado en nombre de la corporación, por poseer competencia y concretar y acordar la modificación del condicionamiento anejo al contrato originario. Que toda la base formal aducida por la apelante en orden a acreditar el consenso del Ayuntamiento a la modificación, fundamento de las pretensiones a actores, es reductible al hecho, de que en la última certificación de obras, comprensiva de las ampliadas cuyo importe se reclama, aparece debajo de las firmas de contratista y Arquitecto directo la del Alcalde, con la escueta y literal expresión a modo de antefirma: " Vº Bº el Ayuntamiento" dicción, que por su ambigüedad de sentido y referencia, así como por falta de prueba de una expresa delegación del órgano colegiado, resulta idóneo a los fines pretendidos por la Constructora apelante de conformidad con las disposiciones citadas al final del anterior considerando y lo mismo ocurre con la atribución a la Sentencia del Tribunal *a quo* de no tener en cuenta las actas de recepción provisional y definitiva, donde ninguna protesta se hace por el representante municipal signatario con respecto a las mejoras introducidas en relación con el proyecto, pues lo cierto, es que también dichas actas, las suscriben la empresa actora y el Arquitecto-Director sin especificación alguna sobre adiciones y con indicación expresa de que la obra entregada se ajusta al proyecto, o sea, al proyecto objeto de la contrata, toda vez que no hay constancia y ni siquiera alusión a otro posterior modificado en el expediente a que estos autos se contraen, razón de más para que el Ayuntamiento, sobre la última y discutida certificación, reconociera como debido el importe correspondiente a obras incluidas en dicho único proyecto y no a las ajenas al mismo fundantes de la diferencia sobre el precio contratado, cuyo pago reclamó la Constructora recurrente y que con acierto denegó la Corporación demandada.

Obviamente tampoco hay enriquecimiento injusto si no existe una nueva unidad de obra o no se prueba su ejecución. A este respecto es muy ejemplificativo un asunto de 1981⁵⁵, donde explica el T.S., que concretada la reclamación del recurrente apelante a

⁵⁵ Ver S.T.S. de 6 de Mayo de 1981, Ar.2026, Ponente: D. ENRIQUE MEDINA BALMASEDA. Se interpuso recurso ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Valladolid, en el que se declaró la obligación de la Diputación Provincial de Zamora de satisfacer al recurrente la cantidad de 674.997 ptas. correspondientes a 150 metros lineales mas de obra, en cuantía superior a la señalada en el proyecto y al importe de la operación de escarificado del firme antiguo, realizadas obligatoriamente por el recurrente como contratista de las obras de reparación del Camino Vecinal Carretera de Villacastin-Vigo a Moreruela de Tábara-Santa Eulalia de Tábara. El anterior Fallo se basa en los siguientes Considerandos: 1º.- Que partiendo de la "descripción de las Obras", tercero de - los conceptos que integran el proyecto de Reparación y Riego asfáltico de la CV de Santa Eulalia a Moreruela de Tábara hasta la carretera de Villacastin a Vigo, a través de la MEMORIA obrante en el mismo donde se dice: -fº2- "las obras consistirán en la reparación de macadan ordinario previo escarificado y con un recargo de piedra de naturaleza silíceas de 2.800 m³ a lo largo de los 6.650 mts lineales de la reparación 5 kms. tendrán un ancho de firme de 5 mts. y el resto de 1.650 mts. lineales la de un ancho de 4mts. El ancho total será de un metro más, correspondiente a paseos. La superficie total a afirmar será 31.600 m² y la piedra se repartirá de acuerdo con lo indicado en el croquis de obra. El macadan ordinario se hará previo machaqueo, apisonado y recebo seleccionado. Sobre dicho firme y previo barrido irá al doble riego asfáltico". La Sala observa, en dicho texto, que, desde un punto de vista gramatical, aparece que el adjetivo "previo" se ha empleado tres veces: 1 al decir "previo escarificado"; 23, al decir, "previo machaqueo", y 3º al decir "previo barrido" Que "previo", quiere decir, según el Diccionario de la Real Academia Española de 1925 "anticipado, que va delante o que sucede al primero"; interpretación gramatical que debe tener en cuenta que los adjetivos se juntan al sustantivo para expresar sus cualidades

o la extensión con que el sustantivo se toma, en nuestro caso al designar la extensión con que el sustantivo se toma, el adjetivo debe clasificarse por tal motivo como determinativo y, dentro de esta taxonomía, tiene el adjetivo indicado un carácter ordinal, ya que expresa el lugar que corresponde al sustantivo al que -repetimos- determina. En el primer caso, el adjetivo "previo" se refiere a la subsiguiente operación de reparación de macadam ordinario, "previo escarificado"; en el segundo caso, vemos, ya pasada la anterior y previa etapa de escarificado, que al hacer el macadam ordinario "se hará también previo machaqueo, apisonado y recebo seleccionado; y en el tercer caso, observamos, que "sobre dicho firme y previo barrido, irá el doble riego asfáltico; de todo ello, y por el método llamado de las concordancias, como en lógica se califica a aquel que se produce en dos o más casos, en que se da un fenómeno objeto de nuestra investigación, tienen una característica común: la circunstancia en la cual todos los casos concuerdan, es la causa del fenómeno; y así podemos observar que en nuestro caso en que la palabra "previo" se repite tres veces, aplicado a sendas, pero diversas actividades, y lo qué a -primera vista, y desde el punto de vista gramatical, hemos apercibido que solamente indica prelación en el desarrollo de ciertas operaciones sobre otras, al hacer la reparación del pavimento, objeto de nuestro estudio; ello implica a su vez desde el punto de vista lógico, no solo la precedencia indicada, sino la yuxtaposición obligada de ambas operaciones en sendos y referidos casos, primero, segundo y tercero de los examinados; pero por el método de las diferencias, llegamos, en pura lógica, también, a comprobar que el "previo escarificado", el "previo machaqueo" y el "previo Barrido", a los que venimos aludiendo, tienen diferente proyección conceptual respectivamente en el "proyecto", y en tal sentido vemos que el escarificado, pericialmentepreciado, bajo el signo de contradicción procesal, en periodo de prueba como tal operación, no se halla consignada en asiento independiente en el presupuesto del proyecto, (documento contractual), ni en la liquidación de la obra practicada por el Sr. Ingeniero Director de las obras provinciales de la Diputación de Zamora"; y añade el perito informante: "De hecho, no podía estarlo en la liquidación, porque al admitir que la operación de escarificado constituía una unidad de obra independiente, no consignada en el presupuesto de la obra, por error, omisión, etc., o por estar incluida en otra unidad de obra más completa, hubiera conducido a la necesidad de la aprobación previa de un acta de precios contradictoria, en la que se hubiera recogido el correspondiente precio para el m² de escarificado del "firme existente", y como consecuencia, a la aprobación de las modificaciones subsiguientes en el Proyecto y Presupuesto, redactadas en forma de Proyecto Modificado o Similar"; El Perito insistiendo, a través del punto segundo de su dictamen -id- tiene manifestado ser cierto que no siempre se repara el firme de una carretera es preciso el escarificado, pero matiza, muy expresivamente, que "el proyecto prevé recargar el macadam preexistente como capa de nueva aportación de un espesor variable entre 0 cm. y 13,5 cm. espesores que no constituyen, por -si solos, capas de tenacidad portante suficiente, ni para un camino vecinal; luego, por tanto, se estimaba necesaria - dice el perito- la colaboración del macadam existente. Por otra parte insiste no era posible realizar la obra con nivel razonable de calidad, si se pretendía no efectuar el escarificado, dado que es precisamente imposible compactar una capa de macadam de 6 centímetros puesto que el tamaño máximo de la piedra es del mismo orden que el espesor de la capa. Por tanto, independientemente de que en el proyecto estima el perito, y con él, la Sala Sentenciadora-esté o no prevista como unidad independiente la operación de escarificado, parece claro que en este caso había que realizarla. Pero sigue en pie la incógnita aún referente a que puesto que si había que realizar dicha operación previa de escarificado en la obra a que nos venimos refiriendo, debe o no consignarse en presupuesto y documentación del proyecto, como partida, independiente, el importe de la unidad de obra; y entonces el indicado perito, nos dice que: el que la operación de escarificado figure o no como independiente, depende de la voluntad del proyectista, y puede reflejarse con su precio correspondiente, o se puede incluir con un precio compuesto; y termina especificando dicho perito – que "incluir la operación de escarificado, en la de m² de ejecución de Arme de macadam puede ser definido por el proyectista por su utilidad y simplificación, sobre todo en proyectos en los que se considera necesario escarificar toda la superficie existente, y sobre ella ejecutar un firme de macadam posteriormente, como puede ser el que nos ocupa, por ser un proyecto de reparación (escritura de contrata) de un firme de macadam ya existente. Por otra parte, en el Capítulo III del Pliego de Condiciones especiales, obrante en el expediente administrativo se ve que a partir del Art. 7 se va tratando de determinadas operaciones de Ejecución de las obras pero concebido precisamente "para, cuando el firme y las gravillas estén completamente secos", y se describe allí especialmente "el bacheo" y los "riegos asfálticos"; y además el "balizamiento", en todo tiempo, y el empleo de maquinaria ello obedece a que el escarificado no necesita de otra actividad que la del desmenuzamiento a máquina del firme antiguo, para que fragüe simultáneamente con la capa superpuesta, como nos dice el perito; y basta la vigilancia

del capataz para que ello tenga puro y debido efecto; por todo lo cual el carácter de "previo" que se da, como queda dicho, a las tres operaciones de escarificado, "machaqueo o barrido, que hemos detectado ut supra, no implica, por sus diferencias de tiempo y modo en la producción de tales trabajos el qué merezcan el mismo tratamiento contable, en el sentido de tener que ser equivalentemente conceptuadas por separado en dichas operaciones "previas" de aquellos a los que han de proceder, yuxtapuestos a ellos, los proyectos y en los presupuestos; lo cual queda para el previo escarificado como dice el perito al arbitrio –del proyectista, siendo tal operación de escarificado necesaria en nuestro caso, y puede formar un solo concepto en los presupuestos y en los proyectos para el escarificado y la reparación de macadam ordinario a que alude la Memoria de autos. 2º Que aparte de los trascrito, nadie pone en duda el valor, pericialmente apreciado, de las unidades de escarificado que reclama la parte actora, ni tampoco el nº de los metros cuadrados, pero lo que sí es objeto de la presente contienda procesal es la cuestión referente a averiguar si el precio presupuestado era para la reparación de macadam ordinaria solamente, o si, en tal concepto, iba incluido la cantidad referente al precio de escarificado; la Sala después de estudiar el informe pericial llega a la misma conclusión a que el perito ha llegado, cuando afirma "del hecho de que en Pliego de Condiciones figure el escarificado como operación previa (esté o incluida en el precio), y de que en la práctica es imposible hablar de m² de firme de macadam de 6 centímetros de espesor, y por tanto que se contaba con la piedra existente, una vez disgregada para ejecutar el m² de firme de macadam, se podía inducir que la operación de escarificado está incluida en el precio; y remacha digamos aún más, el perito, cuando -id- afirma que, estima que considerando el precio dentro del contexto del proyecto, se podía considerar la operación de escarificado incluida en él; puesto que el concepto "maquinaria", al no estar desglosado, no, permite asegurar que se haya incluido la típica de escarificar "tractor con rippar o escarificador", además de la típica de ejecución del firme una vez extendida la piedra, que es él "compactador autopropulsado o remolcado" (ninguna de ellas es utilizable para la operación contraria). La Sala acepta concurrentemente la observación del perito id cuando afirma que el contratista no hizo ninguna observación en el acta de replanteo; y acepta, también, la sugerencia en orden a la motivación de la conducta del actor, aquella que el demandado hace en el hecho primero de la contestación a la demanda cuando afirma que D. Carlos Jesús acudió a la licitación, quien sobre el presupuesto de la Diputación de 4.296.716 ptas. hizo una baja en la subasta de 521.716 ptas., lo que representó una cantidad del 12'1422 % sobre el tipo de licitación, y por ello se le adjudicaron las obras en 3.765.000 ptas. en escritura de 24 de Abril de 1975. Y como a través del Art. 54 del R.C.C.L., hemos visto que el actor no ha seguido, tampoco los trámites del que en el mismo se fijan para las reclamaciones de exceso de obra, vemos que todo lo que vamos razonando es prácticamente contexto con el informe de la Dirección de Obras Provinciales de Zamora, fechado en 20 de Octubre de 1976, obrante en el expediente administrativo, que se acepta en cuanto no discrepe de la presente resolución, y al que nos referimos expresamente; si los precios de la subasta -y del contrato- fueron aceptados por el actor, es difícil acoger la nueva petición por los conceptos y cantidad que postula dicha parte, por lo que, en este aspecto deben rechazarse, confirmando las resoluciones recurridas por hallarse ajustadas a derecho. 3º Que en relación con los otra petición de la parte actora sobre abono de metros lineales en cuanto al exceso de medición, hemos de apoyarnos una vez más, en el informe que nos da el perito al que tantas veces venimos aludiendo, y allí expone el mismo que medida por dicho ingeniero la longitud de la obra efectuada en el Camino vecinal "Ruta de Villacastín-Vigo Moreruela de Tábara-Santa Eulalia de Tábara", con cinta de 50 mts, resultó ser de 6.590 mts lineales; que el error sigue diciendo el perito que estima mínimo para esta clase de mediciones; puede ser del orden, en más o en menos, del 1%, por lo que sería admisible, en su opinión, cualquier liquidación comprendida entre 6.520 mts., lineales y 6.560 mts lineales redondeadas ambas cifras. Que por lo tanto la liquidación sería correcta siempre teniendo en cuenta la obra proyectada; ello no incluye un tramo de calle de Moreruela de Tábara, que no estaba proyectada, como se puede observar -dice- en todos los documentos del proyecto y en concreto en el documento nº 2, Planos, etc. El Sr. Ingeniero, peritando, al fº38, sigue diciendo, y la Sala lo estima acertado, que se ha medido por él, un tramo de calle o camino vecinal, distinto del Proyecto, de Moreruela de Tábara, cuyo aspecto era similar al del resto de la obra, y por lo tanto aparentemente debía haberse ejecutado en la misma época; que esta medición era de 180 metros desde el borde exterior del Camino Vecinal; pero este exceso, a su juicio, y la Sala lo comparte, corresponde a los 150 mts lineales de exceso de obra realizada que reclama el contratista, realizados en la calle de Moreru la de Tábara; pero estima que éste es tema fuera de su competencia dentro de la peritación asignada, por no ser obra incluida en el proyecto, y además porque tampoco puede tener la absoluta certeza el perito -insiste id- de haber sido ejecutada el exceso de obra por el contratista, y en la misma época en que se realizó por éste las obras proyectadas a que antes nos hemos referido; por estas

los dos puntos de reparación efectuada en el Camino Vecinal de Villacastín-Vigo, referentes a los trabajos de escarificación y al exceso de obra en el tramo de calle de Moreruela de Tábara, es claro que, respecto del primero, la afirmación del perito que figura en su informe técnico y siguientes de las actuaciones jurisdiccionales de primera instancia, es incontestable, pues tanto esté o no comprendida en el proyecto la operación de escarificación, había que realizarla. Que respecto del segundo punto atinente al exceso de obra en el tramo de la calle de Moreruela de Tábara la conclusión obtenida por el técnico informante no es tan concluyente, pero si se advierte que en el expediente administrativo figura el Acta de recepción definitiva de las obras de reparación general y riego asfáltico del Camino Vecinal de Villacastín-Vigo y Santa Eulalia de Tábara por Moreruela de Tábara sin consignarse observación o reserva alguna por parte del contratista ni ninguno de los intervinientes en la misma, es presumible acoger la conformidad que dicho documento contiene sin reserva alguna respecto de parte de obra que esté sin realizar al margen o fuera del proyecto adoptado. Que todo ello conduce, respecto de este segundo extremo, a la interpretación del mismo con arreglo al apartado b) del Art.54 del R.C.C.L. de 9 de Enero de 1953, y en relación con el Art. 51 del mismo reglamento para haber fijado contradictoriamente el precio de tal exceso de obra no previsto en el proyecto, lo cual no se ha hecho, siendo de aceptar la conclusión de la Sentencia recurrida de no poderse afirmar si tal exceso de obra lo realizó el contratista demandante o, en otro aspecto, no estaba comprendido en el proyecto, supuestos ambos no demostrados debidamente en las actuaciones.

2.4.2. De la L.C.E. de 1965 a la L.C.S.P. de 2007.

a) Introducción.

He querido abarcar en este punto un período tan extenso porque como vamos a ver inmediatamente, existe un elemento común que vertebra todos estos años de regulación de los modificados de los contratos de obras. Esto, aparte, se va pergeñando en muchos aspectos procedimentales en un modelo de regulación que puede decirse sin exageración que perdura enriquecido hasta hoy, por lo que estas cuestiones las estudiaremos como introducción al analizar con detalle el régimen actual.

Hay que empezar inevitablemente por la L.C.E., 923/1965 de 8 de Abril⁵⁶, con 125 artículos, que supone el primer texto que regula con carácter exhaustivo todo el proceso

razones que se acogen, estima la Sala que procede desestimar, también, la postulación del actor referente a éste particular que examinamos.- 4º. Que la Sala no acepta la aguda observación que hace la parte demandada en el apartado G) del IV Fundamento de Derecho, al folio 24 visto, en la que, "hablando en término de defensa y dicho con todos los respetos, la Corporación de Zamora viene observando que en la ejecución de las obras de subasta, -se suele por los Contratistas, hacer bajas desproporcionadas para obtener la adjudicación y plantear luego cuestiones sobre interpretaciones del contrato para obtener precios contradictorios, proyectos reformados, variaciones de detalle, etc. que compensan la baja licitación", y ello porque esta hipótesis -tan verosímil, evidentemente no ha sido objeto de prueba en el presente caso.

⁵⁶Esta Ley fue objeto de desarrollo por el R.G.C.E., 3410/1975 de 25 de Noviembre. En su Art.37 se precisaba que los pliegos se referirían entre otros aspectos, de los efectos del contrato a las modificaciones del contrato, supuestos y límites. Poco antes de que se aprobase la Ley de 1965, la JCCA en su Informe 22/1963, de 19 de Septiembre de 1963, explicaba que el error de la Administración al contratar no justifica por sí sólo la modificación del contrato. La equivocación material invocada por la

de formalización, adjudicación y ejecución de los contratos de obra (esquema básico que se retiene) en España, unificando normas tan dispersas en el tiempo como son el capítulo V de la Ley de Administración y contabilidad de 1911, reformado por la Ley de 20 de Diciembre de 1952, y la Ley de Fianzas de 1960, que quedan derogados tras la entrada en vigor de esta Ley. Con la entrada en vigor de la citada Ley, se someten todos los contratos de obras al Derecho administrativo. En la sección II. Modificación del contrato de obras del Capítulo IV.

En el marco de la vigencia de la L.C.E., la J.C.C.A., en su Informe 28/1971, de 23 de Julio de 1971, explicará que la facultad de modificar debe ceñirse a unos límites estrictos, límites que si fueran desbordados desnaturalizarían a aquél, fundados en las siguientes premisas: el *ius variandi* no implica novación extintiva del contrato adjudicado, sino sólo una modificación objetiva de éste con permanencia del vínculo contraído. Consecuentemente, no es conforme a Derecho, ni cabe dentro del *ius variandi*, una modificación sustancial del primitivo negocio. Ante la completa inoperancia de un contrato celebrado por la Administración para los fines de un servicio público concreto, lo que procede es la suspensión definitiva del negocio y la promoción, en su caso, de un contrato diferente para atender las nuevas necesidades. Por tanto, el *ius variandi* debe estar justificado, en lo que se refiere al contrato de obras, en necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto.

Es decir, la justificación del ejercicio de la prerrogativa no debe ocultar defectos de previsión o errores del proyecto que, con un estudio más cuidadoso, se hubiesen evitado. En su Informe 33/1976, de 22 de Julio de 1976, sobre los límites al *ius variandi*, ejemplos de modificaciones sustanciales en el contrato de obras, la J.C.C.A., dice que entre la contrata para la ejecución de las obras adjudicadas y no iniciadas y las que ahora se han de ejecutar existen modificaciones fundamentales. Son distintas las circunstancias de lugar y las de tiempo, pues han de iniciarse las obras por lo menos un año después de lo previsto. Varían también el volumen de obra a ejecutar, así como seguramente su composición. Puede ser distinto el plazo de ejecución al previsto, el programa indicativo de los trabajos a efectuar y el régimen de pagos establecidos en un principio.

En un asunto de 1992⁵⁷, se analiza la valoración de cambio sustancial que puede suponer un modificado. CONSTRUCCIONES INMOBILIARIAS GAITERO ASCANIO, S.A." (C.I.G.A.S.A.) apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de Diciembre de 1989, desestimatoria de su recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Dirección General de Acción Social Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 15 de Enero de 1985, por la que se desestimó recurso de reposición contra resolución de la propia Dirección General de 12 de Noviembre de 1984, por la que se acordó la resolución de contrato de obra concertado con dicha recurrente, por incumplimiento de los plazos de

Administración es un argumento inoperante para legitimar, por la vía de la simple rectificación, una ampliación del contrato que alteraría las condiciones económicas pactadas [...] En el expediente contractual no hubo error alguno; el error se produjo por la discordancia entre lo contratado y las necesidades técnicas de la obra, cuestión bien diferente.

⁵⁷ Ver S.T.S. de 28 de Septiembre de 1992, Ar.7038, Nº de Recurso: 2180/1990, Ponente: D. VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS.

ejecución por causas imputables en su totalidad al contratista, con pérdida de la fianza e inicio de expediente de valoración de daños y perjuicios causados a la Administración.

En esta segunda instancia la apelante viene a reproducir sus alegaciones de la primera, examinadas y decididas en la Sentencia apelada, sin más aditamento que la alegación de una pretendida infracción de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 26 de Enero de 1990, en recurso de la propia demandante contra resolución administrativa dictada en otro expediente de resolución de otro contrato de obra. Debe destacarse que en la Sentencia apelada se pone el acento el hecho de que, habiéndose alegado por el demandante la necesidad de un nuevo proyecto, por el cambio del solar en que se debía ejecutar la obra, negado por el técnico director de la obra la existencia de una alteración sustancial, que impusiese la necesidad de ese nuevo proyecto, siendo la tesis la de que seguía valiendo el proyecto inicial, la prueba de la sustancialidad de la alteración se constituía en el dato esencial en torno al que gira toda la argumentación jurídica de la parte; mas en la medida que respecto a ese extremo fáctico basilar no se produjo la inexcusable prueba, toda la tesis de la recurrente carece de asidero. Esa argumentación clave de la Sentencia conserva todo su valor, habiéndose desvirtuado en esta segunda instancia; como no lo ha sido tampoco la de la intrascendencia de la falta de licencia municipal de obras, que en ningún momento operó como causa obstructiva de la ejecución. En cuanto a la cita jurisprudencial al principio referida, único contenido alegatorio novedoso de la apelación, no cabe traslación mecánica de las expresiones reproducidas al caso actual, pues importante es establecer la similitud de situaciones, ya que el hecho de que en el caso decidido por la Sentencia de 26 de Enero de 1990, la falta de licencia municipal de obras y falta de idoneidad del proyecto primigenio tuvieran un efecto obstructivo de la normal ejecución de la obra, no puede implicar que en otros casos se deba producir igual efecto obstructivo con referencia a esos dos mismos factores; y en el actual ya se dejó sentado que la falta de la licencia municipal no tuvo influencia alguna, y que cuanto a la pretendida falta de idoneidad del proyecto inicial, y necesidad de reformado se trataba de un extremo asentado sobre una base fáctica no probada, con lo que faltan los elementos de similitud entre ambos casos, que permitan la extensión de la doctrina de la Sentencia citada al caso presente. Se impone, por tanto, el rechazo de esa alegación apelatoria por ende del recurso de apelación.

Ya en un caso de 2000⁵⁸, destaca el T.S.: “El tercer motivo de casación mantiene que la Sentencia de instancia infringe la doctrina del *ius variandi* y la potestad modificatoria

⁵⁸Ver S.T.S., de 21 de Enero de 2000, Ar.1230, Nº de Recurso: 2859/1993, Ponente: D. MANUEL GODED MIRANDA. Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Soria de 12 de Julio de 1.990, se resolvió reconsiderar el acuerdo de 31 de Julio de 1.989, aprobatorio del Proyecto de construcción de un aparcamiento en las Plazas del Olivo y San Esteban y limitar el ámbito o extensión del aparcamiento subterráneo a la Plaza del Olivo y parte de la Plaza de San Esteban en los términos que se especificaban, reducir el número de plazas y modificar el canon y las tarifas aplicables. Parking de Soria S.A. interpuso contra dicho acuerdo recurso de reposición, que fue desestimado por resolución del Pleno del Ayuntamiento de 13 de Septiembre de 1.990. Contra los acuerdos de 12 de Julio y 13 de Septiembre de 1.990, la mencionada sociedad mercantil promovió recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia dictada el 25 de Marzo de 1.993, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, Sentencia frente a la cual Parking de Soria S.A. ha deducido el presente recurso de casación. Entiende infringidos los Arts. 11 y 28 del R.G.C.E. (Decreto 3.410/1.975 de 25 de Noviembre), en cuanto el objeto del contrato debe ser determinado y en el supuesto enjuiciado, y a juicio de la sociedad recurrente, se ha producido una variación del objeto y del lugar del

de los contratos por la Administración, por lo que se vulnera el Art. 13 de la L.C.E., de 8 de Abril de 1.965, porque la variación producida, *ipso facto*, sin haberse comenzado la ejecución de la obra adjudicada, altera sustancialmente los principios de publicidad y concurrencia de la licitación, con cita del dictamen del Consejo de Estado de 1 de Octubre de 1.991, e insistiendo en que la alteración sustancial de los límites del concurso, después de realizada la adjudicación, hace quebrar la selección pública y concurrente del contratista, por sus méritos y mejor proyecto. El motivo no puede prosperar porque el Ayuntamiento de Soria ha aplicado correctamente la potestad de modificar, por razón de interés público, las condiciones del contrato, potestad que le concede el Art. 18 L.C.E. En efecto, se encuentra justificado que las modificaciones acordadas obedecen a una razón de interés público, debidamente acreditada, consistente en respetar el deseo ciudadano de conservación del arbolado existente en la plaza de San Esteban. Estas modificaciones, como ya ha quedado indicado, no son sustanciales, no alterando ni vulnerando el Pliego de Condiciones que sirvió de base para el concurso.

Se trata, como acertadamente expone la Sentencia de instancia, de una acomodación del primitivo objeto contractual a las necesidades impuestas por el interés público. El Ayuntamiento de Soria ha hecho uso del *ius variandi* conforme a derecho, sin alterar sustancialmente los términos del contrato ni vulnerar el Pliego de Condiciones del concurso, por lo que no ha infringido los principios de publicidad y concurrencia establecidos por el Art. 13 L.C.E., que hubieran exigido la convocatoria de un nuevo concurso solamente si se hubiesen modificado en sus términos esenciales las condiciones que dieron lugar a la adjudicación del celebrado. El motivo debe ser

contrato vulnerando el principio de libertad y concurrencia del concurso convocado, sin añadir al motivo ningún otro razonamiento. El motivo debe ser desestimado porque, como expresa la Sentencia de instancia, sin que sus pronunciamientos sean objeto de una crítica específica, la resolución administrativa recurrida (el acuerdo de 12 de Julio de 1.990) no modifica ni vulnera, en ningún aspecto, el Pliego de Condiciones jurídicas y económico-administrativas aprobado el 1 de Septiembre de 1.988, que sirvió de base a la licitación, por cuanto la ubicación del aparcamiento, tanto la reflejada en el Proyecto aprobado el 31 de Julio de 1.989, como la recogida en el acuerdo objeto del recurso, es la misma, Plaza del Olivo y Plaza de San Esteban, ambas recogidas en el Art. primero del Pliego, y lo único que se produce es una reducción del Proyecto en cuanto a la zona de esta última plaza; se respeta (como puso de relieve la prueba practicada) el número mínimo de plazas (150) recogido en el Art. 6 del Pliego y la reducción del canon y el aumento de las tarifas no exceden de los límites recogidos en dichas bases (fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 25 de Marzo de 1.993). Por tanto, según argumenta con toda claridad la Sentencia impugnada, sin que la sociedad recurrente oponga razón alguna en contra de ello, el acuerdo del Ayuntamiento de Soria de 12 de Julio de 1.990, no ha variado el objeto ni el lugar del contrato, por lo que no se ha vulnerado el principio de libre concurrencia propio de la contratación administrativa ni los Arts. 11 y 28 del R.G.C.E. En segundo lugar se consideran infringidos los Arts. 81 y 44.b) del R.G.C.E., ya que el cambio del objeto y del lugar del contrato, que venía determinado en el concurso, conlleva a "que el lugar previsto era imposible como lugar de ejecución" o, de ser posible la variación, se ha realizado sólo por razón del favorecimiento unilateral del contratista adjudicatario y ello comporta la infracción de los principios de libertad y concurrencia en la selección del contratista. Este motivo es reiteración del anterior y parte de que se ha llevado a cabo por medio del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Soria de 12 de Julio de 1.990, un cambio del objeto y del lugar del contrato. No ha habido tal cambio, como ha dejado expuesto el T.S., reiterando lo dicho por la Sentencia impugnada, en el anterior fundamento de derecho, por lo que el motivo carece de justificación. Tampoco acepta que la modificación del lugar se acordase para favorecer al contratista, ya que la Sentencia de 25 de Marzo de 1.953, pone de manifiesto que la modificación contractual tuvo su razón de ser en el interés público, plasmado en el deseo ciudadano de conservación del arbolado existente en la plaza de San Esteban, criterio que asimismo ha de ratificar.

desestimado. Estima infringido el Art. 1.256 del C. Civil, por aplicación del Art. 112 del Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de Abril (Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en Materia de Régimen Local), porque la variación producida deja al arbitrio de una de las partes, el Ayuntamiento, la validez del concurso, y esto ataca directamente la efectividad del Art. 13 L.C.E., y de los principios de publicidad y concurrencia. El motivo no puede prosperar. El Art. 1.256 del C. Civil (que se invoca en virtud de la normativa que rige los contratos de las Entidades Locales, Art. 112 del Texto Refundido citado) establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Pero este precepto no tiene aplicación cuando la Administración, como ha ocurrido en el supuesto enjuiciado, hace uso de la potestad de modificar un contrato administrativo que le concede el Art. 18 de la L.C.E, norma de aplicación preferente al Art. 1.256 del C. Civil, que sólo puede invocarse en defecto de normas de Derecho Administrativo (Art. 112.2.1ª del Texto Refundido de 1.986). No existe pues la infracción alegada, habiéndose hecho anterior referencia a que la Sentencia impugnada no ha incurrido en vulneración del Art. 13 de la L.C.E. El quinto motivo de casación (Art. 95.1.4º) mantiene que se conculca el principio del *ius variandi*, que no está previsto para las modificaciones del lugar del contrato, en los términos que lo ha entendido la jurisprudencia (que no se especifica), insistiéndose en que el quebrantamiento de los principios por los que se rige la selección del contratista niega toda posibilidad de variación para respetar los derechos de tercero.

El motivo, en cuanto se funda en infracción del principio del *ius variandi* de la Administración, derecho establecido en el Art. 18 de la L.C.E., debe ser desestimado, por las razones expuestas al examinar el motivo tercero del recurso”.

En 1986, cuando se produce el ingreso de España en las comunidades, y al asumir el compromiso de aceptación del denominado “acervo comunitario”, se inicia, entre otras obligaciones, la de adecuar su ordenamiento al Derecho comunitario, tanto originario como derivado, cuestión, que se va produciendo paulatinamente con mayor o menor rapidez. Entre las primeras, se encontraban las Directivas sobre Contratos de obras y suministros, que induce en Mayo de 1986, a la primera reforma de la L.C.E que data de 1965. El grado de celeridad de transposición no ha sido siempre el mismo, y otras Directivas⁵⁹, sufrieron retrasos e inadecuaciones declaradas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶⁰. Dichos retrasos e inadecuaciones influyen sin duda de forma decisiva en la aprobación de la Ley de Contratos de 1995, excepto en lo relativo a los sectores especiales (agua, transporte, telecomunicaciones y energía). En la cuestión europea me voy a centrar más adelante.

Lo cierto es que la entrada en la C.E.E., hace inevitable modificar la legislación de contratos, lo cual culminará con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, finalizando el 1 de Mayo de 2008, fecha en que la sustituye la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público⁶¹. Con la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratación de las Administraciones

⁵⁹ Ver, Directivas 88/295 y 89/440.

⁶⁰ Ver, Sentencias del TJCE de 18 de Marzo de 1992, Asunto C-24/1991; de 17 de Noviembre de 1993, Asunto C-71/1992 y de 3 de Mayo de 1994- Asunto C-328/1992.

⁶¹ Ver, Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003, Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena

Públicas, se procede a una regulación de la contratación pública, pendiente desde la aprobación de la Constitución. La L.C.A.P., se constituye en la Ley cabeza de grupo normativo de la contratación pública.

La Ley de 1995, será sustituida poco tiempo después por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de Junio que aprueba el T.R.L.C.A.P. Se pretende con la nueva reforma la introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa. Destaca el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de contratos, con limitaciones expresas a las modificaciones de unidades del contrato, con independencia de su repercusión presupuestaria. También hay que destacar la supresión de la posibilidad de establecer prórrogas tácitas, la regulación más adecuada de los supuestos de baja temeraria, la exigencia de un mayor rigor en los proyectos y el establecimiento de un régimen más estricto para la contratación conjunta del proyecto y ejecución de las obras correspondientes. Junto a los objetivos señalados, también se encuentra el de adaptar la legislación española a la normativa comunitaria, en concreto a la Directiva 97/52/CE de 13 de Octubre de 1997, cuya fecha tope de incorporación a las legislaciones de los Estados miembros estaba situada antes del 13 de Octubre de 1998.

b) Los criterios para poder modificar los contratos públicos.

Creo que desde el punto de vista de los modificados de obra este período tiene una unidad porque a lo largo de él permanecen perennes los requisitos para justificarlos.

Estos requisitos son los siguientes:

(Murcia), donde se explica que la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, L.C.A.P de 1995 fue modificada mediante Ley 53/1999, de 28 de Diciembre, y posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprobó el T.R.L.C.A.P. Resulta por ello necesario determinar qué preceptos son de aplicación a este expediente. La disposición transitoria primera del texto refundido citado dispone que: "Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de Noviembre, se regirán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del concurso". La Ley 53/1999, de 28 de Noviembre, entró en vigor el 29 de Marzo de 2000. Este contrato fue adjudicado el 22 de Octubre de 1998, antes de la entrada en vigor de la Ley 53/1999. Por consiguiente, será de aplicación para determinar el contenido del contrato y las causas y efectos de su modificación la Ley 13/1995, de 18 de Mayo. No obstante, y de acuerdo con reiterada doctrina de este Consejo de Estado (véanse los dictámenes números 2.383/2003, 2.382/2003, 142/2003, 8/2003, 1.598/2002, 1.077/2002, 527/2000 y 3.437/99, entre otros muchos), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de modificación del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes. Dado que el expediente de modificación se inició después de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, será de aplicación al procedimiento el mencionado Real Decreto Legislativo (y en especial su disposición adicional séptima y sus Arts. 59 y 101) y el Art. 102 del R.G.L.C.E., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre de 2001, (véanse los dictámenes del Consejo de Estado números 2.383/2003, 2.382/2003, 142/2003, 8/2003, 7/2003, 6/2003, 3.344/2002, 1.598/2002, 527/2000, 3.154/96 y 1.596/93, entre otros muchos).

b.1) La constatación de un interés público.

En la Ley de 1995, sobre las actuaciones relativas a la contratación y las Prerrogativas de la Administración se disponía en el Art. 60.1 que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. En el Art. 101.1 del T.R.L.C.A.P., afirma que: “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran”.

En el Dictamen nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003⁶², se explica que: “Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual se encuentre “respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (dictamen número 42.179, de 17 de Mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de Enero de 1986 y 55.586, de 10 de Enero de 1991), y que además “tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente (dictamen número 3.062/98, de 10 de Septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el expediente, como resulta del Art. 102 R.G.C.E. de 1995 (Art. 101.1 *in fine* R.G.C.E., y del derogado Art. 149 del R.G.C.E., aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, (actualmente, Art.102 del Reglamento General de la R.G.C.E., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre).

b.2) Las necesidades nuevas o causas imprevistas.

En el Art.102 de la Ley de 1995, como en 1975, se señalaba en cuanto a la modificación de los contratos, que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podía introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran siempre que fuesen debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente⁶³. Las modificaciones del contrato debían formalizarse conforme a lo dispuesto en el Art.55 de la misma L.C.A.P.

Este precepto se recogerá en el Art.101 del TR de 2000⁶⁴. De manera general en el Art.101 se regulaba la cuestión de las modificaciones de los contratos de manera general

⁶² Ver, Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003, Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia).

⁶³ El Art.149 del Reglamento de 1975, dispone que la Administración sólo puede acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, cuyas circunstancias deben quedar debidamente justificadas. Cuando las modificaciones del proyecto representen variación en más o en menos en el presupuesto de las obras, debe reajustarse su plazo de ejecución, sin que pueda ser aumentado o disminuido en mayor proporción que en la que resulte afectado el presupuesto.

⁶⁴ COLÁS TENAS, J, en “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, “Boletín Derecho Local”, 1 de Junio de 2011, valora estos dos primeros períodos del siguiente modo: “En el Derecho español, la facultad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la Administración o *ius variandi*, se venía reconociendo —desde la L.C.E., texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de Abril, hasta llegar al Art. 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se

de la siguiente manera: “1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

¿Cómo interpretar estos conceptos jurídicos indeterminados?, ¿Comprenden, por ejemplo, una imprevisión o un error como equiparable a imprevisto?, ¿Qué ocurre si se produce un cambio sustancial?

En relación con los dictámenes del Consejo de Estado, esta Institución en la Memoria de 1990, que ha servido de referente a posteriores dictámenes sobre la materia afirmó: “.....a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, como de hecho se produce en el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público, mejor que un rigorismo capaz en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa.” Ahora bien, continúa el Consejo de Estado indicando: “No es menos claro, sin embargo, que en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias normales propias de la ejecución de un contrato, como inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales”. Por este motivo, tanto en la citada Memoria de 1990 como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, advierte el Consejo de Estado sobre la necesidad de: “.....extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras... pues de lo contrario, prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían

aprueba el T.R.L.C.E., (vigente hasta el 30 de Abril de 2008)—, en base a dos criterios materialmente diferenciados: la existencia de causas imprevistas y la existencia de necesidades nuevas. En la doctrina y jurisprudencia española existía el convencimiento de que la modificación del contrato, al ser una institución jurídica de la ejecución del contrato, no estaba afectada por la Directiva reguladora de la coordinación de los procedimientos de adjudicación. Esta prerrogativa novatoria que se atribuía a la Administración, no tenía nada que ver con el riesgo o el alea que corre el contratista de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de su ejecución (tales como pérdidas, averías, perjuicios, etc.), como afirmaba el Consejo de Estado en su dictamen 402/1969, sino con el principio constitucional del interés general derivado del Art. 103 CE (EDL 1978/3879)”. Ver también, GARCÉS SANAGUSTÍN, M: “La modificación de los contratos. la reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. incidencia de la jurisprudencia comunitaria”, expone que: “Desde el punto de vista material, y sin profundizar en la masa de doctrina que ha analizado la variabilidad del contrato público, sobre la base de la introducción de modificaciones durante la fase de ejecución del contrato, es evidente que el legislador nacional, hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, ha entendido que existen dos razones de base, materialmente diferenciadas, para justificar un modificado: causas imprevistas y necesidades nuevas. La diferencia de estos dos factores estribaba, fundamentalmente, en la posibilidad de previsión o en la imprevisibilidad del acto o incidencia motivadora de la modificación, o en la disposición volitiva discrecional de incorporar, atendiendo a nuevas funcionalidades, nuevas utilidades a la obra o al servicio. Si bien a escala nacional, el legislador ha venido previendo esta situación como sistema de ajuste del contrato, no debe perderse de vista el análisis comunitario de esta cuestión, tanto en clave jurisprudencial como en clave normativa”.

de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.”

En el período entre finales de los años noventa comienzos de 2000 GARCÉS SANAGUSTÍN, M. hace la siguiente apreciación⁶⁵: “A escala nacional, un estudio de los dictámenes emitidos en esta materia por el Consejo de Estado en los últimos años resulta indicativo de estos extremos. En efecto, a pesar de que, los dictámenes del Consejo de Estado se refieren a modificados de gran envergadura en relación con el proyecto inicial, la mayoría de ellos son favorables a su aprobación, aunque bien es cierto que del análisis de los elementos sustanciales que en cada caso sirven para apoyar los distintos dictámenes, permiten afirmar que se trata de un debate no pacífico. Este autor que cita el texto de la citada Memoria de 1990, apunta que “en efecto, del estudio singularizado de los pronunciamientos del máximo órgano consultivo del Estado sobre esta materia, la primera conclusión que se deriva del análisis de esta doctrina es que no existe una taxonomía de factores o circunstancias objetivas que acoten los supuestos de admisibilidad o no de los modificados, sino que del examen de cada caso el Consejo de Estado dictamina a favor o en contra de su admisión. En este sentido, múltiples ejemplos se pueden traer a colación: a) En el dictamen 1594/1999, no se formulan objeciones a la aprobación de un modificado de un expediente de obras en carretera consistente en la construcción de un paso peatonal no previsto inicialmente en el proyecto original. Así, el Consejo de Estado, en relación con las razones que justifican la modificación propuesta, señala que “Estas concurren en el caso presente y están debidamente justificadas. Así se desprende de los informes emitidos por los servicios administrativos y, en especial, del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y la Inspección General del Ministerio que expresamente señala en su informe la conveniencia de llevar a cabo las obras previstas en la modificación. En efecto, ésta tiene por objeto permitir la conexión entre ambas márgenes de la Variante de Puertollano en una forma que se adecua a las necesidades de la vía y de los ciudadanos, según manifestó el Ayuntamiento de la localidad”. b) Por otro lado, el dictamen 5483/1997 referido a un proyecto modificado consistente exclusivamente en la necesidad de instalar en la mediana de la carretera una barra de hormigón, concluye afirmando que “no impide subrayar que la propuesta de tal modificación, aún siendo necesaria, es el resultado de la imprevisión, cuando menos, al Proyecto Modificado número 1 anteriormente aprobado, e incide, por tanto, en circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. No obstante, considera este Cuerpo Consultivo que de la apreciación conjunta de las actuaciones practicadas, se deriva la necesidad de asumir la modificación de las previsiones técnicas del proyecto inicial.” c) El dictamen 3289/2002, que sostiene que “a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, que la modificación propuesta puede estar justificada, tal como aprecian los órganos técnicos y administrativos pre informantes, en la medida que supone una mejoría de las características de la obra y parece ser indispensable para su conclusión, sin que, por lo demás, resulte fundado el reparo opuesto por la Asesoría Jurídica, razón por la cual este Consejo no informa desfavorablemente el proyecto modificado. Ahora bien, el Consejo de Estado debe

⁶⁵Ver, GARCÉS SANAGUSTÍN, M: “La modificación de los contratos. La reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria”.

subrayar que la propuesta de modificación consultada, aun siendo necesaria, es en buena medida, al igual que las precedentes, el resultado de los defectos e imprevisiones del proyecto inicial, y se refiere, por tanto, a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, de ahí que convenga recordar la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obras o a la aprobación de proyectos de obras complementarias; pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.” d) El Dictamen 782/2004 del Consejo de Estado expresa “aun existiendo causa suficiente para una resolución del contrato parece más adecuado al interés público su mantenimiento y ejecución definitiva, pudiendo resultar mucho más gravoso resolver que continuar y ejecutar en su integridad la construcción de la presa....Comparte el Consejo de Estado tal opinión y la convierte en el elemento sustancial para que el presente dictamen manifieste la conclusión que luego se indica.”

Advierte el citado autor que “por el contrario, en dos expedientes analizados, el Consejo de Estado declara improcedente el proyecto modificado, en atención a las características técnicas y fácticas que lo ocasionan, tal como se resume a continuación: a) En el dictamen 516/1998 relativo a un modificado de un contrato inicial cuyo objeto versaba sobre un acondicionamiento y mejora del firme de un tramo de una carretera. En su lugar proponen un modificado que supone un cambio radical de la obra mejoras de travesías urbanas (aceras, saneamientos), rodadura de dos capas, rectificación de las peores curvas, mejora de todos los accesos y ensanche de plataforma a ambos lados para conseguir una anchura de 8 metros suponiendo el modificado un 400% del contrato original “deduce del contenido del proyecto, e incluso de los informes que obran en el expediente, que se trata en realidad de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habían de ejecutarse en la carretera S-492. Pero más que una modificación de contrato se trata en realidad de un proyecto nuevo, lo que habría de dar lugar sin duda a un nuevo expediente de contratación, y en definitiva a un contrato administrativo distinto.” b) En el dictamen 2644/2003, se refiere a un cuarto modificado por un 85% del importe del contrato original que consistía en la construcción de un teatro. Este modificado tiene por objeto el equipamiento escénico del teatro (maquinaria y motores de arrollamiento, alumbrado escénico, focos y control de alumbrado, plataformas elevadoras, muelles de carga, instalaciones especiales de voz, datos, control de seguridad de accesos...). Dice el Consejo de Estado “Pues bien, en el presente caso, la propuesta de modificación consultada no obedece a necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas que hayan quedado debidamente justificadas en el expediente, ya que la propuesta de contratación del modificado nº 4, que tiene como objeto la ejecución de obras de equipamiento escénico del teatro, justifica la modificación proyectada haciendo simplemente referencia a que “se trata de obras cuya ejecución es necesaria para la entrega de una obra unitaria y coherente, en la que pueda desarrollarse el uso para el que está destinada la misma”. Dichas circunstancias no parecen justificar la existencia de necesidades técnicas sobrevenidas, toda vez que en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rigen el contrato, se señalaba ya que éste

tenía por objeto "la construcción de un edificio de nueva planta de carácter dotacional, para uso de teatro", por lo que la previsión del equipamiento escénico del mismo pudo razonablemente preverse en el proyecto inicial. Por lo demás, dichas insuficiencias puede decirse que han dado lugar incluso, en el presente caso, a una auténtica alteración del objeto de contrato inicialmente previsto, por lo que el reforzamiento de las exigencias de legalidad en la contratación pública, hacen estas circunstancias especialmente innecesarias. Pues bien como puede observarse de ambos dictámenes, el Consejo de Estado, como parece claro de la literalidad de los antecedentes, considera que se ha producido una auténtica alteración del objeto del contrato y no simples impresiones de los proyectos. En suma, la propia doctrina del Consejo de Estado presenta múltiples expresiones que inequívocamente demuestran que existen una vasta variedad de supuestos de modificados, cuya adaptación o no al ordenamiento jurídico nacional y comunitario únicamente puede hacerse a la luz del análisis de cada caso concreto y bajo la apreciación conjunta y analítica de varios factores”.

Me gustaría citar al respecto además el Dictamen nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003⁶⁶, donde explica lo siguiente: “Un segundo límite resulta en este caso de la necesidad de que concurran necesidades nuevas o causas imprevistas (Art, 102 L.C.A.P, de 1995, que se corresponde con el vigente Art. 101 L.C.A.P). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que "el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los Arts. 18 y 74 de la L.C.E., no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público" (dictamen número 41.914, de 24 de Mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que "el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio", mas "es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del *ius variandi* por la Administración requiere una singular motivación de hecho ("necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas", reza el Art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio *ne varietur* (dictamen número 41.914, de 24 de Mayo de 1979). La concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (Art.102 L.C.A.P., de 1995 y restantes preceptos anteriormente citados). El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en "la naturaleza de los recursos económicos administrados", de carácter público (dictamen del Consejo de Estado número 45.238, de 12 de Mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el dictamen del Consejo de Estado número 45.942, de 15 de Diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene "la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el

⁶⁶ Ver, Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003. Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia).

principio de pública licitación fundamental en la materia". Esta misma doctrina ha sido posteriormente reiterada en diversos dictámenes, que recuerdan la necesidad de que mediante la modificación de los contratos administrativos no se desvirtúen los principios de publicidad y libre concurrencia y la pureza de la licitación (números 47.127, de 29 de Noviembre de 1984; 50.688, de 17 de Junio de 1987; 54.473, de 8 de Junio de 1990; 55.444, de 31 de Octubre de 1990; 1.021/91, de 1 de Octubre de 1991; 2.582/95, de 1 de Febrero de 1996; 454/96, de 8 de Febrero de 1996; 3.371/96, de 28 de Noviembre de 1996; 4.350/97, de 6 de Noviembre de 1997 y 358/98, de 11 de Junio de 1998). Cuando la modificación es sustancial, el *ius variandi* ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación, y como tal "debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la Ley en la forma y sentido más rigurosos" (dictamen del Consejo de Estado número 3.062/98, de 10 de Septiembre de 1998). "Un uso indiscriminado de dicha potestad" de modificación de los contratos, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de Diciembre de 1984, "podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas".

También se puede citar el Dictamen Nº. 78/2006, de 23 de Mayo del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.- 2006. Expediente relativo a modificado núm. 1 de las obras de "Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural-palacio de Congresos en el Miradero" de la ciudad de Toledo. En cuanto a los presupuestos habilitantes para el ejercicio del *ius variandi*, el Art. 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio. Atendiendo a lo previsto en el mencionado precepto pueden señalarse como requisitos necesarios para poder ejercer la prerrogativa de modificar los contratos los siguientes: Que nos encontremos ante un contrato perfeccionado, circunstancia ésta que se produce una vez que el órgano de contratación acepta la oferta del licitador y le adjudica el contrato (Art. 53 del Texto Refundido). Que el objeto de la modificación que se pretende se fundamente en razones de interés público. Es esta circunstancia la que justifica la existencia misma del contrato y de las prerrogativas o potestades que ostenta la Administración, debiendo ser concretos los motivos en que se funda y no una mera referencia al interés público globalmente considerado. El Consejo de Estado ha estimado que "la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado" (dictamen 42.179, de 17 de Mayo de 1979). Que las modificaciones sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuya existencia y aplicación deberá ser analizada en cada caso concreto. La doctrina es unánime al señalar que no pueden entenderse incluidos en tales conceptos los errores materiales al determinar el objeto del contrato o incumplimientos del contratista. Estas circunstancias han de quedar suficientemente motivadas en el expediente "sin que tal justificación pueda consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a necesidades nuevas o causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto" (dictamen del Consejo de Estado 50.688 de 17 de Junio de 1987). La Administración está obligada a plasmar en el expediente correspondiente las nuevas necesidades o causas imprevistas que requieran específicamente la aprobación del modificado, circunstancias éstas que, en último extremo y si existiera un parecer discrepante de la otra parte, podrán ser contrastadas por los Tribunales. En su dictamen de 1 de Abril de 1993, el Consejo de Estado ha afirmado que la referencia a causas imprevistas debe interpretarse "en el sentido de que concurren razones técnicas

imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario y no simplemente, por tanto, defectos o meras imprevisiones en dicho proyecto”. Por su parte, la expresión necesidades nuevas “no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial en el objeto del contrato”. En cuanto a la segunda cuestión relativa a los límites dentro de los cuales habrá de desenvolverse el ejercicio de la prerrogativa de modificación del contrato, el Art. 149.e) del T.R.L.C.A.P., señala como causa de resolución del contrato de obras las modificaciones del mismo que aislada o conjuntamente supongan alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20% del precio primitivo.

La aplicación a dicho porcentaje del concepto de límite, en el sentido indicado en el Art. 59, ha llevado a la doctrina a la necesidad de clarificar que no se trata tanto de acotar aquella facultad modificatoria de la Administración sino de circunscribir la posibilidad de imponer las alteraciones al contratista. En este sentido resulta ilustrativo reproducir lo manifestado al respecto por los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández [“Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Editorial Civitas S.A. Madrid 2002, Página 705] que establecen que “en el orden material, la alusión a los límites del *ius variandi* es, en parte, equívoca. No se trata en efecto de límites en el sentido de barreras u obstáculos que impidan a la Administración Pública modificar en ciertos casos los contratos administrativos por ella suscritos (...). Límites en este sentido no existen, ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar comprometidas por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias (...). Cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir, por lo tanto, algo muy distinto; se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. Cuando se habla de límites del *ius variandi* se está aludiendo pues, única y exclusivamente, a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista, lo cual es esencialmente distinto. El *ius variandi*, el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato, es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga, pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia Ley también prevé”.

También citar un asunto de 2012⁶⁷, donde, disconforme con la expresada Sentencia, la parte recurrente interpone recurso de casación⁶⁸. El T.S., expone lo siguiente:

⁶⁷ Ver S.T.S. de 7 de Junio de 2012. Nº de Recurso: 2050/2009, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS. Las obras fueron adjudicadas con fecha 19 de Mayo de 1998, a la entidad recurrente, firmándose el correspondiente contrato administrativo el día 5 de Junio de ese mismo año. En el citado contrato se fijaba un plazo de ejecución de la obra de veinte meses contados a partir del día siguiente a la fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo, que tuvo lugar el día 3 de Julio de 1998. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se contenían las siguientes determinaciones: 12.2 (1): El contratista está obligado a gestionar el otorgamiento de cuantas autorizaciones administrativas sean necesarias para la iniciación, ejecución de las obras y entrega al uso o servicio de las mismas. 17: El contrato será objeto de modificación por razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas

debidamente justificadas. Se produjo después la suspensión temporal del inicio de la ejecución de las obras hasta que la Administración competente (Confederación Hidrográfica) no otorgase el permiso para actuar en dominio público hidráulico, como así se resolvió mediante acuerdo de la Dirección General de Obras Hidráulicas de fecha 16 de Julio de 1998. Como consecuencia del retraso producido en la concesión de dicho permiso, el ingeniero director de las obras y el contratista solicitaron el día 11 de Noviembre de 1998 el levantamiento parcial de la suspensión, a lo que se accedió por la mencionada Dirección General de Obras Hidráulicas. La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, con fecha 28 de Diciembre de 1998, autorizó la derivación de las aguas con carácter temporal y sin derecho a uso privativo. El 29 de Enero de 1999, la dirección de las obras y la sociedad recurrente solicitaron el levantamiento de la suspensión que tuvo lugar el día 1 de Febrero siguiente, comenzando a contar desde esa misma fecha, según figura en la correspondiente acta, el plazo de ejecución de la obra. La Dirección Facultativa solicitó a la Dirección General de Obras Hidráulicas, con fecha 26 de Abril de 2000, una nueva solicitud de suspensión temporal parcial en la parte de las obras que se vieran afectadas por la modificación del proyecto que estaba redactándose, como consecuencia de la geología y morfología del terreno, de cimentación del dique auxiliar y el vaso del embalse. Con fecha 13 de Diciembre de 2000, se firmó la adición al contrato administrativo, haciéndose constar que el modificado fue aprobado el día 4 de Octubre de ese mismo año, debido a circunstancias ajenas a la recurrente, firmándose el día 14 de Diciembre el acta de levantamiento de la suspensión temporal y de comprobación del replanteo de la modificación número uno. En ese momento la dirección de la obra consideró oportuno solicitar una prórroga en el plazo de dos meses, según escrito presentado el día 19 de Diciembre de 2000. También por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía se adjudicaron las obras complementarias al contratista del proyecto principal, firmándose el replanteo el día 7 de Junio de ese mismo año. La Dirección Facultativa de las obras puso en conocimiento de la Secretaría General de Aguas, con fecha 5 de Agosto de 2002, que los trabajos recogidos se encontraban finalizados y en condiciones de ser recibidos, solicitándose la tramitación pertinente para la recepción de las obras. Sin embargo, y durante la mencionada tramitación, surgieron otras solicitudes de diferentes organismos relacionados con la presa; lo que, según la demandante, impidió la realización definitiva de la recepción, suscribiéndose el acta de entrega provisional, a efectos de explotación, el día 15 de Diciembre de 2003, y el acta de recepción definitiva el 3 de Febrero de 2004. La parte actora promovió ante la Junta de Andalucía reclamación de indemnización de daños y perjuicios y ante la desestimación presunta, recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la Sentencia recurrida por los siguientes motivos: 1º) Sobre la modificación número 1, se propone la aprobación técnica de la misma por un presupuesto total de 422.505.773 ptas., expresándose por la recurrente su conformidad con las modificaciones introducidas en el contrato administrativo inicial, así como cuantos documentos lo integran, aprobándose el proyecto indicado en fecha de 4 de Octubre de 2000, sin que conste la formalización de objeción u oposición alguna al respecto por parte de la contratista y firmándose el documento administrativo de formalización el día 13 de Diciembre de 2000. 2º) En cuanto a las obras complementarias número 1, modificación número 1, resultaron adjudicadas a la recurrente en virtud de Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de fecha de 28 de mayo de 2002, consta el documento administrativo de formalización de fecha de 5 de Junio de 2002, sin que aparezca objeción o protesta alguna al respecto por parte de la recurrente. 3º) En las actuaciones consta, asimismo, la aprobación de la liquidación de la obra por importe de 616.481,92 €, con un adicional de 108.903,82 € y saldo a favor del contratista de 109.161,67 € sin que tales cantidades fueran impugnadas o cuestionadas por la parte recurrente, sino a partir de la presentación del escrito de reclamación, cuya desestimación por silencio es objeto del recurso contencioso-administrativo. También, consta acreditado, por el examen de las actuaciones, que durante el curso de la ejecución de las obras, no hubo oposición por parte del contratista, y cuando se acordó la realización de actuaciones complementarias, tampoco. Además, cuando se formula la presente reclamación, ya habían sido recibidas y liquidadas definitivamente las obras, sin que se impugnare cuestión alguna al respecto por parte de la recurrente; desconociéndose a partir de dicha reclamación el sentido y la propia literalidad del entonces aplicable Art. 148.1 de la Ley 13/1995. 4º) En cuanto al modificado del proyecto, no cabe obviar que la prueba pericial judicial, en relación con el resto de los documentos que se incorporan al expediente administrativo, permite constatar el respeto a los plazos a tales efectos previstos en el apartado cuarto del Art.146 del Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, la suspensión temporal parcial de las obras con fecha de 15 de Junio de 2000, aprobándose técnicamente el proyecto en fecha de 4 de Octubre de 2000, fecha en que se levanta la suspensión parcial de las obras, firmándose el documento administrativo de formalización el día 13 de Diciembre de 2000 y el acta de replanteo de las

Invoca la vulneración del Art. 102.1 L.C.A.P., en la redacción por Ley 13/1995.

Sobre este particular expone la citada parte recurrente, resumidamente, lo siguiente: 1º) La modificación introducida al proyecto original, en el caso que nos ocupa, desconoce las prerrogativas legales del *ius variandi*, cuales son la existencia de necesidades nuevas o causas imprevistas, según establece el Art. 102 de la L.C.A.P. Y con independencia de que el ejercicio de la *potestas variandi* lleva implícito la obligación de resarcir los daños causados al contratista, sea o no correcta la actuación de la Administración, no se cumplen aquí los requisitos legalmente exigidos para justificar las alteraciones contractuales impuestas al contratista. 2º) La Sentencia recurrida confunde el verdadero concepto de "causas técnicas imprevistas", como presupuesto *sine qua non* que justifica el último ejercicio del *ius variandi*, con lo que son defectos y

obras modificadas con fecha de 14 de Diciembre de ese mismo año. 5º) En la relación de trámites se pone de manifiesto el pleno conocimiento que tuvo la contratista de las modificaciones y añadidos introducidos en la redacción inicial del proyecto de obras, mostrando expresamente su conformidad con las condiciones en que aquéllos eran incorporados al cúmulo de obligaciones que vinculaban a las partes, sin formular después objeción de tipo alguno. No es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del Art. 103.2 de la L.C.E., pues si el inicial periodo de suspensión parcial de las obras, o la ampliación de su inicial plazo de duración, culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad, no debe luego prosperar y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual, una pretensión indemnizatoria autónoma, que se dice formulada para reparar unos perjuicios derivados de aquella actuación plenamente asumida por la parte actora.

⁶⁸ La defensa y representación de la Junta de Andalucía recurrida invoca como motivos de oposición, resumidamente, los siguientes: 1º) La Ley de Contratos reconoce a la Administración el *ius variandi*, sin establecerse el derecho del contratista a pedir la revisión del precio, ni tampoco a ser indemnizado por ese solo hecho, pues se limita ese *ius variandi* mediante el reconocimiento al contratista del derecho a instar la resolución del contrato cuando la modificación del proyecto o la suspensión de las obras, decididas por la Administración, presenten un determinado alcance; pero no aparece establecido que el no ejercicio de esa facultad de instar la resolución contractual se haya de traducir, necesariamente, en el derecho del contratista a pedir una elevación del precio inicial o una indemnización. 2º) En el presente caso, con la reclamación que se efectúa de contrario, la actora se sitúa en abierta contradicción con la conformidad que mostró a las modificaciones contractuales. No habiéndose opuesto a tales modificaciones en la forma procedimental prevista normativamente, carece de derecho a reclamar las cantidades indicadas. La modificación originó un saldo adicional de liquidación a favor del contratista que permitió restablecer el equilibrio económico financiero del contrato. A esta conclusión llega la Sentencia recurrida cuando en su fundamento de Derecho sexto desestima las pretensiones de la actora, precisando no sólo que la misma se aquietó a las modificaciones y añadidos introducidos en la redacción inicial del proyecto (que es el único extremo que el recurso combate de la Sentencia, cuando insiste que no es posible jurídicamente sustraerse a la modificación), sino que con su conducta actuó "mostrando su conformidad con las condiciones en que aquéllos eran incorporados al cúmulo de obligaciones que vinculaban a las partes y no formulando objeción de tipo alguno". 3º) La modificación obedeció a causas técnicas imprevistas, respecto de lo cual cabe subrayar la valoración que las mismas merecen en el sentido de que el cambio en la ETAP y en el aliviadero respondían al interés público por la mejoras que ello habría de suponer para la explotación, mientras que el resto de las modificaciones obedecieron a circunstancias nuevas o causas técnicas imprevistas sobrevenidas con posterioridad al momento de redacción del proyecto, y se enmarcan en el concepto de imprevisibilidad. 4º) La adjudicataria contratista podía, una vez transcurridos seis meses computadas las dos suspensiones, pedir la resolución del contrato con fundamento en lo previsto en el Art. 150 de la Ley de Contratos, con el consiguiente derecho a que se le abonasen las obras realizadas hasta entonces, si es que no se le habían pagado ya, y además percibir una indemnización del 3 por ciento del precio de adjudicación y del 6 por ciento del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, respectivamente; y sin embargo tampoco hizo uso la contratista de este derecho a resolver el contrato por las suspensiones habidas. Y al no haber instado la resolución contractual, y haber aceptado las modificaciones contractuales, ha de entenderse que hubo conformidad por parte de la recurrente, contra la que no puede volverse so pena de ir contra sus propios actos.

técnicas del proyecto original, que no legitiman las modificaciones posteriores del contrato. Así, la doctrina del Consejo de Estado entre otros, dictámenes de 6 de Noviembre de 1997 (expediente 4350/1997), 29 de Marzo de 2001 (expediente 583/2001) y 28 de Julio de 2005 (expediente 1281/2005) ha sido clara a este respecto, señalando que el concepto de "necesidades nuevas o causas imprevistas", exigido por el legislador como fundamento de la prerrogativa pública del reformado, nada tiene que ver ni justifica la introducción de modificaciones, que simplemente pretendan salvar defectos del proyecto o imprevisiones técnicas en su redacción, que es lo que acontece en este caso. Frente a estas valoraciones procede subrayar que en el caso examinado, el invocado Art.102.1 señala que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente», circunstancia aquí concurrente, puesto que no se trataba más que de un modificado y no de un nuevo contrato y en los términos del Art. 141.d de la Ley, por no poder separarse técnica o económicamente del contrato principal y cumplir el presupuesto legal de que «son debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas» y así figuraba en la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato suscrito, que es transcripción literal del Art. 102 de la Ley 13/1995 y que la parte recurrente conocía al suscribir el contrato.

No se advierte que el modificado entrañare fraudulentamente un nuevo contrato, como advierte reiteradamente la doctrina del Consejo de Estado a la vista, de una parte, del informe del Ingeniero Jefe de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 14 de Diciembre de 1993, y de otra, del informe de la dirección técnica de 21 de Enero de 1994, centrado en el análisis del cuerpo de la presa, de dique de tierras, de la planta de tratamiento y de las obras complementarias "no previstas inicialmente" y que supusieron un adicional económico de 44.361.597 ptas. y un incremento de 11,73% que no superaba el límite legal para la reclamación. Tal adicionado no es generador de daños y perjuicios por los siguientes criterios: A) De carácter legal: 1. De las previsiones legales contenidas en los artículos invocados se infieren las siguientes consecuencias: - El precio global aplicable en un procedimiento de contratación administrativa no es ajeno a la voluntad del licitador y las modificaciones serán obligatorias para el contratista sin que tenga derecho a reclamar indemnización, cuando no supere el 20% del inicial importe o implique modificación sustancial, circunstancias aquí no concurrentes, por lo ya expuesto. - En el caso examinado, no consta que el aumento de obra no haya sido abonado según el precio convenido, pues no sólo se percibió el principal y el adicionado, sino que hay un saldo positivo a favor del contratista en la suma de 109.161,67 € (F.J. 4 de la Sentencia recurrida) sin que se haya constatado un real resultado lesivo para el contratista que fuera el origen de una resolución contractual que no se produjo en la cuestión planteada.

2. Con posterioridad y como consecuencia de los hechos producidos, en la redacción de los Arts. 101, 102 y 146 del T.R.L.C.A.P., no se recoge que la modificación comporte el deber de la Administración de indemnizar y en todo caso ha de obedecer a "necesidades nuevas o imprevistas" y sólo se consignan causas de resolución, entre otras, la demora en la comprobación del replanteo (Art. 142), la suspensión inicial de las obras por plazo no superior a seis meses por parte de la Administración y el desistimiento o suspensión por plazo superior a ocho meses, circunstancias no concurrentes en la cuestión

planteada. 3. Por otra parte no hay una alteración sustancial del contrato, con sujeción al Art. 150.1 T.R.L.C.A.P., por no tratarse de modificación de fines y características básicas del proyecto inicial y la sustitución de unidades de obras no afectan al 30% del precio primitivo, pues no llega ni al 20%, ya que lo contrario sería objeto de un nuevo expediente de licitación. 4. Los Arts. 146.4 T.R.L.C.A.P., y 159 R.G.C.E., prevén la continuación provisional de las obras siempre que el modificado no supere el 20% del precio primitivo y en caso de suspensión temporal parcial, lo que ha sucedido en este caso. B. De aplicación jurisprudencial: Los anteriores criterios han sido ratificados por la jurisprudencia de esta Sala y Sección [por todas, en Sentencias de 16 de Febrero de 2001 (cas. 523/95) y de la Sección Cuarta de 20 de Diciembre de 2005, (cas. 6681/2000)], a cuyo contenido se remite.

Un asunto de 2013, presenta un caso muy interesante de un proyecto que viola la normativa urbanística y se usa la modificación⁶⁹. El recurso se articula mediante un

⁶⁹ Ver S.T.S. de 21 de Marzo de 2013, 1418/2013, Sección: 3, Nº de Recurso: 2710/2010, Ponente: D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO. Se interpone el presente recurso de casación contra la Sentencia de 4 de Enero de 2.010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del TSJ de Galicia, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo entablado contra la desestimación presunta del recurso extraordinario de revisión y de la solicitud de revisión de oficio ejercidos frente a la aprobación del proyecto de construcción del acceso al puerto de Burela, aprobación efectuada por resolución del Director General de Obras Públicas de la Junta de Galicia de 5 de Julio de 2.007; el recurso se amplió posteriormente a la aprobación del proyecto modificado de dicho acceso por resolución de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes de 16 de Noviembre de 2.007. La Sentencia recurrida funda la estimación parcial del recurso contencioso administrativo con los siguientes razonamientos: sobre la petición de revisión de oficio por la vía de los Art. 102 y 62.1 Ley 30/92 (redacción introducida por Ley 4/99) y en este último ámbito ha de prosperar el presente recurso dirigido contra el acto originariamente impugnado en cuanto al concreto extremo relativo al abandono por el Proyecto de la expresa previsión contenida en las NN.SS. sobre paso inferior del vial respecto a la vía férrea, indebidamente sustituido por un paso superior sobre dicha vía férrea. Téngase en cuenta que precisamente la aprobación del Proyecto genera unas posibilidades expropiatorias lo que a su vez permite conectar la cuestión con el supuesto contemplado en el apartado f) del mencionado Art. 62.1, no siendo admisible que dicha solución del Proyecto se adopte en frontal colisión con lo establecido en las NN.SS. y tampoco puede prosperar la alegación sobre pretendida subordinación de las NN.SS. al Proyecto, cuando precisamente antes de la aprobación de este último las referidas NN.SS. habían sido objeto de una específica modificación para la incorporación del nuevo vial de anexo al Puerto, siendo en todo caso de señalar que la adaptación de los instrumentos de Planeamiento a las nuevas vías de comunicación proyectadas ha de entenderse en un recto sentido que no excluye la necesidad de que una vez producida la correspondiente incorporación al Planeamiento y asumidas por éste unas determinadas opciones en aspectos con inequívoca relevancia en cuanto a la adaptación al entorno, dichas previsiones de Planeamiento sean posteriormente respetadas sin perjuicio de la posibilidad de su nueva formal modificación. En definitiva, procede declarar la nulidad de la resolución de fecha 5 de Julio de 2006, en el concreto extremo relativo a la adopción de un vial superior a la vía férrea en vez de un vial inferior a la misma, anulación, que provoca la desaparición de los específicos efectos singularmente derivados de tal concreto extremo. No se alcanza la misma conclusión respecto a la impugnación planteada por vía de ampliación si se tiene en cuenta que en la resolución de 16 de Noviembre de 2007, se produce una rectificación con asunción de la previsión de planeamiento relativa al paso inferior del vial y con superación así del defecto antes mencionado, sin que se aprecie obstáculo decisivo para su validez en la vía procedimental seguida, cuando esta última, de idéntica autoría que la rectificadora, no provoca en cuanto al extremo mencionado y dado su específico alcance, una situación de real y efectiva indefensión para el recurrente quien omite toda referencia a una supuesta falta de idoneidad material de la específica nueva solución del paso inferior bajo la vía férrea –solución originariamente defendida por el propio demandante en cuanto a la aparición del paso inferior-; por otro lado y en lo que respecta a la denunciada sustitución de una "intersección" por una "glorieta" surgen relevantes dudas sobre la legitimación de la

único motivo, amparado en el apartado 1.d) del Art. 88 de la Ley de la Jurisdicción , en el que se alega la aplicación indebida del Art. 101 del T.R.L.C.A.P., (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio); la inaplicación del Art. 62.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de Noviembre); y la aplicación indebida, asimismo, del Art. 15 de la Ley de Carreteras de Galicia. Todo ello debido a la aprobación de un proyecto de ejecución de un vial sin respeto a las normas de planeamiento previamente aprobadas.

Considera la parte recurrente que la Sala juzgadora ha incurrido en una clara contradicción al amparar, sobre una misma base normativa, dos soluciones legales diversas: afirmar la prevalencia de las normas de planeamiento, lo que le lleva a estimar el recurso a quo frente a la resolución de 5 de Julio de 2.006, y a anular dicha resolución, y a desestimar en cambio la impugnación de la resolución de 16 de Noviembre de 2.007, pese a su irregular aplicación y su contradicción con las referidas normas de planeamiento. Al admitir la modificación del proyecto de ejecución por esta última resolución de 16 de Noviembre de 2.007, la Sala de instancia habría infringido los preceptos invocados por dos razones: primero, por admitir la modificación de una resolución aprobatoria de un proyecto de ejecución de obra pública que era nula y, por tanto, no subsanable; segundo, por hacerlo a través del trámite previsto en el Art. 101 de la L.C.A.P , exclusivamente previsto para la modificación de los contratos de obra pública. En este sentido afirma que el procedimiento previsto en el Art.101.1 de la citada Ley, se refiere exclusivamente a modificaciones de los contratos de obra pública que puedan introducirse por razones de interés público y que sean debidas a necesidades nuevas o a causas imprevistas, circunstancias que no concurrían; y el hecho de que la resolución inicial de 5 de Julio de 2.006, fuera nula por haber vulnerado las normas de planeamiento, como ha reconocido la Sentencia impugnada, excluye toda posibilidad de que la modificación aprobada por la resolución de 16 de Noviembre de 2.007, se pueda incluir en el supuesto del referido precepto. Así pues, concluye el recurrente, el que la resolución de 16 de Noviembre de 2.007, modificase el proyecto y se volviese a la solución del paso inferior del vial respecto de la vía férrea no evita la nulidad de la misma, tanto porque el proyecto inicialmente aprobado era nulo y no subsanable, como porque el procedimiento de modificación del proyecto empleado era inadecuado, tal como se ha indicado. Por otra parte, se ha vuelto a introducir en el proyecto de ejecución una contradicción con las normas urbanísticas vigentes al aprobar modificar la conexión del vial con la carretera N-634 mediante una glorieta o rotonda, en vez de mediante la intersección inicialmente prevista. Entiende el T.S., que el motivo no puede prosperar. La Sala de instancia no incurre en la contradicción que denuncia la parte, ya que en el fundamento de derecho segundo se ofrecen razones que explican de forma coherente la anulación por un lado de la aprobación inicial del proyecto de construcción litigioso de 5 de Julio de 2.007, y la admisión de la legalidad de la aprobación del proyecto modificado por la resolución de 16 de Noviembre inmediato posterior. Es preciso tener en cuenta que la aprobación del proyecto modificado precisamente subsana la irregularidad que la parte recurrente había denunciado en su recurso

parte actora en tal concreto extremo al no constar su real afectación al respecto, pero en todo caso no cabe desconocer que la elección entre "intersección" y "glorieta" merece referirse a un ámbito estrictamente técnico del sentido de la solución vial y que resulta así claramente diferenciado del supuesto antes mencionado sobre distinción entre las opciones de vial subterráneo a la vía férrea o vial superior a la misma." (fundamentos de derecho primero y segundo).

contencioso administrativo, y por tanto, elimina precisamente el defecto de contradicción con las normas de planeamiento que constituía el objeto del contencioso administrativo planteado inicialmente. La Sentencia impugnada viene a considerar que al no haberse producido indefensión en el procedimiento empleado para modificar el proyecto, la resolución de 16 de Noviembre de 2.007, no está afectada de nulidad. Habida cuenta de que la modificación rectificó precisamente una contradicción con las normas de planeamiento y se acomodó a éstas, según señala la Sala de instancia, nada hay que objetar a que se admita la validez de la modificación en consideración a razones de economía procedimental. Tanto más cuanto que el recurso planteado por el recurrente en la instancia era precisamente por dicha contradicción, que quedaba subsanada con la referida modificación. En consecuencia, habida cuenta de esta circunstancia y de la señalada inexistencia de indefensión por parte del actor en dicho procedimiento, ha de admitirse la adecuación a derecho de la Sentencia recurrida al no considerar que el procedimiento empleado viciase de nulidad la referida resolución de 16 de Noviembre. Tampoco es admisible el argumento del recurrente que habiendo sido anulada la primera resolución, el proyecto inicial no podría ser ya modificado. El hecho es que la declaración de nulidad es declarada por la misma Sentencia que examina de forma conjunta y simultánea ambas resoluciones y esta circunstancia le permite a la Sala de instancia entender que la anulación del proyecto primero no conlleva necesariamente la invalidez de la modificación del mismo, tanto más cuanto que la modificación rectifica precisamente, como ya se ha indicado, la causa de la nulidad de la primera resolución aprobatoria del proyecto. Tan sólo si en la modificación se hubiese causado indefensión al recurrente habría de ser anulada la misma, pero más por esta circunstancia que por la alegada improcedencia del procedimiento empleado.

Finalmente tampoco puede admitirse la alegación esgrimida contra la resolución de 16 de Noviembre de 2.007, aprobatoria del proyecto modificado por otra supuesta contradicción con las normas de planeamiento, la sustitución de una intersección por una glorieta. Primeramente, por cuanto el recurrente no aduce ninguna razón en su recurso de casación para fundar la legitimación que ostenta para formular dicha impugnación, pese a que la Sala manifiesta "relevantes dudas" al respecto. Pero, en todo caso, tiene razón la Sala en que tal diferencia no va más allá de una distinta solución técnica, como lo prueba que el actor no ofrezca ni en su escrito de ampliación de la demanda contencioso administrativa ni en el recurso de casación más argumento que la mera diferencia entre ambas soluciones, sin mostrar otras razones que pudieran justificar que semejante diferencia constituya por sí sola causa de nulidad.

2.4.3. Desde la L.C.S.P. de 2007, hasta la adopción del T.R.L.C.S.P. de 2011.

Finalmente, una segunda etapa iría de 2007 hasta 2011.

a) La L.C.S.P. de 2007.

La Ley 30/2007, Ley de nueva planta, disponía en su Art. 202. (Modificaciones de los contratos)⁷⁰, lo siguiente:

⁷⁰En este mismo sentido, se expresan el Art. 217 de la L.C.S.P., ("Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que, siendo conformes con lo establecido en el Art. 202, produzcan

“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato. No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los Arts. 155.b) y 158.b). 2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual. 3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el Art. 140⁷¹.”

En relación con este precepto hay que advertir que el Interventor General de la Administración del Estado formuló la siguiente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (J.C.C.A): <<La Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, configura el nuevo marco jurídico de la contratación pública, introduciendo importantes modificaciones respecto a las previsiones del texto refundido de la L.C.A.P, algunas de las cuales suscitan dudas acerca de su alcance e interpretación. Habida cuenta de la relevancia que dichas cuestiones tienen a efectos del ejercicio de las funciones encomendadas a esta Intervención General, se estima oportuno someterlas a la consideración de la J.C.C.A. Esta última dio respuesta a dicha consulta en su Informe 43/08, de 28 de Julio de 2008. <<Modificaciones de los

aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e del Art. 220. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.”), el Art. 226 (“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto en los casos previstos y en la forma establecida en el Art. 202. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.”), el Art. 233 (“El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación de la obra pública, si concurren las circunstancias del Art. 202, así como su ampliación o la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias”).

⁷¹COLÁS TENAS, J, op.cit, destaca que “la L.C.S.P., al regular la modificación del contrato en el Art. 202 de la L.C.S.P —y de forma más pormenorizada en cada uno de los contratos administrativos típicos regulados en el Libro Segundo de la ley— eliminó la posibilidad de modificar los contratos por necesidades nuevas y matizó la posibilidad de modificación en los supuestos de causas imprevistas [El legislador de 2007, aceptó las observaciones de la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, de 12 de Diciembre de 2006, en el sentido de que la Directiva 2004/18, no autorizaba la modificación del contrato por necesidades nuevas, y las causas imprevistas debían interpretarse de manera objetiva]. Únicamente se admitían las causas imprevistas en los supuestos en que así estuviere previsto en los pliegos, y siempre que no se tratase de condiciones esenciales del contrato. Si bien, dicha regulación se contemplaba como un incidente de la ejecución del contrato. No existía en nuestro Derecho una regulación propia, con carácter general, de la modificación del contrato con el alcance y extensión que ahora se hace”.

contratos. Interpretación del Art. 202 de la L.C.S.P. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad>>. En relación con la regulación de las modificaciones de los contratos contenida en el Art. 202 de la L.C.S.P., la Intervención General solicita el parecer, de la J.C.C.A., sobre los siguientes aspectos:

1º) En relación con el concepto "condiciones esenciales del contrato" al que se refiere el Art. 202, la Intervención General conoce lo que al respecto ha manifestado el T.J.U.E., entre otras, en la Sentencia recaída en el Asunto C-496/99 P, así como la Comisión Europea en su comunicación interpretativa de fecha 5 de Febrero de 2008, en el sentido de entender como esencial aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente, enumerándose como esenciales, en el Asunto C-496/99 P, "la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse" y, en la comunicación de la Comisión antes citada, "el objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario". Sin embargo, y con independencia de los ejemplos concretos enumerados, el concepto de "condición esencial", tal y como se ha definido, sigue siendo un concepto jurídico indeterminado, por lo que se solicita de dicha Junta Consultiva algunas pautas o parámetros que permitan subsumir en dicho concepto los casos concretos de modificaciones del contrato⁷².

⁷²GARCÉS SANAGUSTÍN, M, op.cit, destaca que se solicita la elaboración de una fórmula que permita definir de antemano qué condiciones tiene carácter de esenciales a los efectos de lo dispuesto en párrafo primero del Art. 202.1 de la Ley. La redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión "condiciones esenciales del contrato" es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer. Desde este punto de vista cabe decir que pueden imaginarse dos procedimientos para establecer el modo de concretar el alcance del concepto enunciado. El primero de ellos consistiría en formular criterios de carácter general tales como los mencionados en el propio texto de la consulta, es decir la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. La adopción de métodos como los indicados en realidad no resuelve tampoco de forma directa el problema pues consisten en desplazar el momento de la interpretación del concepto de unos términos a otros. En efecto, en el primero de los casos indicados es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual y en el segundo la necesidad de concreción se traslada a la determinación de cuáles son las alteraciones que afectan a la naturaleza de la prestación. En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del "concepto jurídico indeterminado" supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato. A pesar de ello, pueden mencionarse algunos supuestos que podrían tener esta consideración, entre los cuales ciertamente pueden incluirse los mencionados en la consulta.

2º) Criterios delimitadores de lo que haya de entenderse por "corrección de un proyecto inicial" y por un "nuevo proyecto", conceptos éstos también referidos en el Art. 202.1⁷³.

3º) La comunicación interpretativa de la Comisión de 5 de Febrero de 2008, señala que "Toda modificación de los términos esenciales de un contrato que no esté prevista en los pliegos exige un nuevo procedimiento de licitación (...)". Asimismo, el Tribunal de Justicia Europeo, en la Sentencia arriba señalada, estableció en el punto 118 que "si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse las condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta". De lo anterior podría desprenderse que todas aquellas modificaciones de las condiciones de un contrato (tanto si se consideran esenciales como no) cuya posibilidad esté prevista en el anuncio de licitación serían lícitas y posibles, por cuanto, al ser conocida por todos los licitadores la posibilidad de que se produzcan, se respeta el principio de igualdad de trato y no discriminación que ha de presidir la contratación pública; por contra, cuando las modificaciones no estuviesen previstas en los pliegos, solo serían lícitas y posibles en tanto no afecten a las condiciones esenciales del contrato. La L.C.S.P., parece incorporar la anterior doctrina: así, el Art. 202 .1 se referiría a aquellas modificaciones debidas a causas no previstas en los pliegos y que, por tanto, el órgano de contratación solo podrá introducir si, entre otros requisitos, no afectan a condiciones esenciales del contrato. Por su parte, el apartado segundo del citado artículo, se estaría refiriendo a aquellas modificaciones que el órgano de contratación puede introducir en un contrato durante su ejecución por estar previstas en los pliegos que sirvieron de base a la licitación. Sin embargo, surge la duda de si dicha interpretación resulta correcta, por cuanto el apartado segundo del Art. 202 dispone "La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual: apartado cuyo primer párrafo se refiere expresamente, entre otros requisitos, a que el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en los contratos por "causas imprevistas" y cuando no afecten a "condiciones esenciales del contrato". En definitiva, se solicita el parecer de esa Junta acerca de si los requisitos exigidos en los

⁷³GARCÉS SANAGUSTÍN, M, op.cit, expone que la segunda cuestión objeto de consulta se refiere al sentido que deba darse a la expresión corrección del proyecto inicial a que se refiere el párrafo segundo del Art. 202.1. Es criterio de la Junta que por tal debe entenderse cualquier modificación del proyecto que sea admisible desde el punto de vista legal por ser conforme con las exigencias establecidas en el párrafo primero de este mismo precepto. En su consecuencia, cuando la ampliación del objeto sea consecuencia de la introducción de alguna modificación del proyecto que cumpla los requisitos del Art. 202.1 tendrá el tratamiento legal correspondiente a las modificaciones permitidas. Por el contrario, si no cumple con dichas exigencias no podrá considerarse como una modificación del contrato en sentido estricto y deberá contratarse separadamente, pudiendo aplicarse para ello el procedimiento negociado cuando cumpla los requisitos que para las prestaciones complementarias establecen los Arts. 155 b) o 158 b). Evidentemente, cuando las características de la ampliación del objeto lo requieran deberá elaborarse un proyecto nuevo comprensivo de la misma. A estos efectos deberá tomarse en Consideración lo informado al respecto por la Oficina de Supervisión.

apartados primero y segundo del Art. 202 en relación con las modificaciones de los contratos tienen carácter acumulativo o alternativo y, en este segundo supuesto, cómo ha de interpretarse la expresión "de acuerdo con el apartado anterior". Por otro lado, y teniendo en cuenta la doctrina de la jurisprudencia comunitaria arriba señalada, se solicita el parecer de la Junta sobre si, para dar cumplimiento al Art. 202.2 de la L.C.S.P., basta con que los pliegos hagan una referencia genérica a la posibilidad de modificar un contrato o, por el contrario, los supuestos en los que podrá modificarse un contrato así como los elementos que podrán ser modificados han de estar establecidos en dichos pliegos de manera clara e inequívoca⁷⁴.

⁷⁴GARCÉS SANAGUSTÍN, M, op.cit, señala que en tercer lugar la Intervención solicita informe sobre la forma en que debe interpretarse el Art. 202.2. Se trata de aclarar si de la interpretación de este apartado conjuntamente con el primero cabe deducir que la Ley permite a los pliegos prever la posibilidad de modificar el contrato en las circunstancias establecidas en ellos, o si, por el contrario, las modificaciones previstas en el pliego habrían de cumplir los requisitos del Art. 202.1. La cuestión surge porque el Art. 202.2 dispone que "la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en el pliego y en el documento anterior". La expresión "de acuerdo con el apartado anterior" parece exigir que las modificaciones previstas en el pliego reúnan los requisitos del primer apartado del Artículo, o lo que es lo mismo que se introduzcan por razones de interés público, para atender a causas imprevistas y sin que afecten a las condiciones esenciales del contrato. De aceptarse esta interpretación llegaríamos al contrasentido de considerar que sólo se pueden prever en el pliego las modificaciones que obedezcan a causas imprevistas. Es evidente que tal interpretación habrá de ser rechazada de plano pues conduce al absurdo. En su consecuencia, entiende la Junta Consultiva que el Artículo en cuestión debe ser interpretado tomando como base los antecedentes que lo justifican, de una parte, y de otra, la finalidad que se pretende cumplir con él. Desde el primer punto de vista, es evidente que el precepto en cuestión tiene su fundamento en la doctrina del T.J.U.E., especialmente en la Sentencia "Socchi di Fruta" (Asunto C-496/99 P) que, en síntesis establece como principio "que si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta". De lo que debe desprenderse, por lo que al Derecho Español se refiere, la necesidad de prever en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad de modificación de las cláusulas contractuales y las condiciones en que ésta pueda llevarse a cabo. De igual modo, la misma Sentencia citada establece que "por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente". Lo cual quiere decir que no habiéndose previsto la modificación, no pueden alterarse las condiciones esenciales del contrato. A la luz de estos pronunciamientos el precepto que comentamos debe ser interpretado en el mismo sentido antedicho. Es decir que, cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) Que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) Que no afecte a las condiciones esenciales del contrato. Por el contrario, si los documentos contractuales prevén expresamente la posibilidad de modificar determinadas cláusulas, le bastará con indicar cuáles son éstas y en qué términos pueden ser modificadas, siendo indiferente si tienen o no el carácter de condiciones esenciales del contrato. Y ello porque siendo conocida esta posibilidad de antemano por todos los licitadores no se produce la ruptura del principio de igualdad entre ellos y de su corolario el de transparencia. Bien es cierto que interpretando de esta manera el Art. 202.2 resulta, en principio, de difícil comprensión la frase "de acuerdo con el apartado anterior". Sin embargo, si tomamos en consideración la expresión completa: "las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior", habremos de concluir que para ser coherente con la doctrina que sirve de fundamento a este Artículo, la frase mencionada no puede tener otro significado que entender que al remitirse al apartado

4º) En relación con los modificados de contratos de obra y teniendo en cuenta la regulación señalada, la Intervención General advertía lo que parecía una contradicción con el Art. 216.2 de la L.C.S.P., que trataba las modificaciones de las obras con precio cerrado. Este apartado señalaba que "el sistema de retribución a tanto alzado podrá, en su caso, configurarse como de precio cerrado, con el efecto de que el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometidas a licitación. Esta disposición no obsta al contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el Art. 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra." El Art. 217 de la Ley, sobre modificación del contrato de obras, se remitía a su vez al Art. 202. Por tanto, y dado que este último precepto prohibía que las modificaciones se debiesen a nuevas necesidades o pretendiesen satisfacer finalidades nuevas, se solicitaba el parecer de la Junta acerca de la aplicación del Art. 216.2⁷⁵.

La J.C.C.A., dio las siguientes respuestas:

a) La determinación apriorística de en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación sólo puede hacerse a la vista de las circunstancias propias de cada caso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que se deba tener en consideración el principio de que son esenciales "aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente".

b) Por "corrección del proyecto inicial" a que se refiere el párrafo segundo del Art. 202.1, debe entenderse cualquier modificación que pueda introducirse en éste que sea admisible desde el punto de vista legal por ser conforme con las exigencias

anterior se refiere a los requisitos de que la modificación responda a necesidades de interés público y se justifique debidamente su necesidad en el contrato. Con lo cual queda claro que en ningún caso se admite la modificación por causas discrecionalmente apreciadas por el órgano de contratación (es decir arbitrarias), pero, si están previstas en los documentos contractuales, pueden incluso afectar a condiciones esenciales del contrato. Al responder esta cuestión ha quedado igualmente aclarado, que para admitir la posibilidad de modificar un contrato no basta con preverlo genéricamente en los documentos contractuales, sino que deben establecerse a qué términos del contrato pueden afectar y en qué condiciones."

⁷⁵ Desde el plano doctrinal se ha dicho por GARCÉS SANAGUSTÍN, M, op.cit, que el criterio mantenido, en cambio, por la propia Comisión Europea a la luz de la jurisprudencia comunitaria no parece envolver la misma flexibilidad que los criterios mantenidos por el Consejo de Estado, aspecto éste que ha tenido una incidencia definitiva en la nueva redacción del Art. 202 de la L.C.S.P., y que fue objeto de especial análisis en el trámite parlamentario de la norma. En cambio, recuerda lo que establece el Art. 216.2 de la L.C.S.P., cuando define el sistema de retribución a tanto alzado en su modalidad de precio cerrado. Esta disposición no obsta al derecho del contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el Art. 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra." A pesar de que el Art. 217 de la L.C.S.P., cercena la posibilidad de incorporar nuevas necesidades al contrato, la redacción de este precepto presenta una contradicción con la tesis general derivada del Art. 202 y concordantes de la L.C.S.P., que probablemente deba exigir una rectificación futura, a fin de despejar cualquier posible incertidumbre sobre la naturaleza y alcance de las modificaciones en los contratos administrativos.

establecidas en el párrafo primero de este mismo precepto para las modificaciones contractuales. Cualesquiera otras implicarán la redacción de un nuevo proyecto.

c) El Art. 202.2 de la L.C.S.P., debe interpretarse en el sentido de que las modificaciones previstas deben cumplir los requisitos de responder a necesidades de interés público y de justificación de la concurrencia de éstas, pero sin que ello implique la prohibición de que afecten a condiciones esenciales del contrato.

d) Cuando el Art. 216 se refiere a "atender nuevas necesidades" o "incorporar nuevas funcionalidades" aunque hace uso del término modificaciones, lo hace en sentido amplio, sin tomar en consideración la precisión que con respecto a este término hace el artículo 202.1 al excluir de él los supuestos a que antes nos hemos referido, y en consecuencia no deben ser considerados tales casos como de modificación contractual *strictu sensu*⁷⁶.

El régimen del Art. 202 de la L.C.S.P. fue analizado por la JCCA en otros dos de sus Informes: 1º) Informe 3/2009 del 15.04.09 y 2º) Informe 5/2010 del 23.10.10. La conclusión por tanto fue que: "la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de un contrato, sólo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, no siendo aceptable como norma general, sino la prevista en el Art. 221.1 de la L.C.S.P. Conclusión, sin embargo, demasiado laxa, ya que únicamente podría apreciarse cuando una "modificación contractual" afecta a las condiciones esenciales del contrato y en su forma cualitativa y cuantitativa cuando: la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades básicas que afecten, al menos, al 30% del precio primitivo del contrato, con exclusión del I.V.A. Sin embargo al margen de las situaciones: cualitativa y cuantitativa, sería preciso recurrir al análisis pormenorizado de cada supuesto concreto.

RODRIGUEZ CASTAÑO, A.R.⁷⁷ califica de interpretación generosa a través del Informe 43/2008,... "que pueden conducir a que estas previsiones se importen como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y que con independencia de las mismas, estas, alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato".

⁷⁶COLÁS TENAS, J, op.cit, explica que es cierto, sin embargo, que el Art. 216.2 L.C.S.P., cuando definía el sistema de retribución a tanto alzado en su modalidad de precio cerrado, admitía la modificación por necesidades nuevas cuando establecía que "el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación. Esta disposición no obsta al derecho del contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el Art. 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra." El Art. 261.2, en consecuencia, al contradecir la tesis general derivada del Art. 202 y concordantes de la L.C.S.P, ha sido corregido, en la Disposición Final Decimosexta 17 L.E.S., para que no quedara fuera del alcance del régimen de las modificaciones de los contratos, tal y como se establece en la citada Ley.

⁷⁷ Ver, RODRIGUEZ CASTAÑO, A.R: Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos... op.cit, págs. 413 y 414.

Tal posibilidad falseará, en la práctica la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de Contratos Públicos.

Lo cierto es que la Ley de 2007, sufrirá una cascada de modificaciones⁷⁸. La práctica y el paso del tiempo, nos confirman que nada cambió, hasta el año 2011, en cuanto al tratamiento de los “modificados de obra”.

b) La modificación introducida por la Ley de Economía Sostenible (L.E.S.):

b.1) Introducción.

La Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible (EDL 2011/8038) (L.E.S., en lo sucesivo), que modifica diversos artículos de la L.C.S.P., en su disposición adicional trigésimo segunda, autorizó al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de Ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de Ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

La nueva regulación de la modificación de los contratos se incorpora a la L.C.S.P., como un nuevo Título (Título V) del Libro Primero de dicho texto legal por la disposición final decimosexta, apartado siete, de la L.E.S., (sin perjuicio de la modificación de numerosos preceptos del libro cuarto relacionados con la modificación de los contratos.) En el nuevo régimen legal cabe distinguir una modificación que puede calificarse como modificación convencional y una modificación que puede denominarse modificación legal. Esta última es aquella modificación que resulta admisible aunque no se hubiese previsto en el pliego o en el anuncio de licitación. Esta modificación queda supeditada al cumplimiento de la concurrencia de alguno de los supuestos taxativamente establecidos en el Art. 92 *quáter*, apartado 1, de la L.C.S.P. En este extremo, la legislación española, dando un paso más que el Derecho de la Unión Europea, precisa lo que se entiende por alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación (Art. 92 *quáter*, apartado 3)⁷⁹.

⁷⁸COLÁS TENAS, J, op.cit, explica que “el ordenamiento jurídico de la contratación del sector público parece seguir la misma suerte que describe el mito de Sísifo, a quien los dioses habían condenado a empujar, sin cesar, una roca hasta la cima de una montaña desde donde la piedra volvería a caer por su propio peso. No hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza. Este parece ser el sino de nuestra legislación contractual. En sus escasos cuatro años de vigencia la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, ha conocido abundantes modificaciones.

⁷⁹En la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público se afirma que la Ley 2/2011, de 4 de Enero, de Economía Sostenible ha reformado la Ley 30/2007 alcanzando esta reforma, junto a otros extremos, al régimen de modificación de los contratos del sector público. Constituyendo la modificación de los contratos una práctica muy frecuente en los contratos de la Administración del Estado y teniendo en cuenta que la reforma efectuada introduce importantes cambios en el régimen jurídico hasta ahora existente en dicha materia, parece obligado elaborar una circular que permita conocer, siquiera sea de forma resumida, la motivación de la reforma y sus líneas generales, así como dar respuesta a las principales cuestiones que se suscitan. La modificación del contrato exige que esté prevista de forma

Desde el plano doctrinal MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J⁸⁰ y COLÁS TENAS, J⁸¹, hacen hincapié en la relevancia de la reforma en materia de contratación pública, es la regulación de la potestad de modificación de los contratos; el nuevo régimen del *ius variandi*, o facultad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la

clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación. De no hallarse prevista la modificación en la documentación de la licitación, es necesario que la modificación no afecte a ninguna condición esencial del contrato. El concepto de modificación esencial se establece como un concepto jurídico indeterminado: se entiende que existe modificación esencial cuando sea razonablemente presumible que, de haberse conocido la modificación al tiempo de la licitación, hubieran concurrido otros licitadores o los licitadores que concurrieron hubieran formulado ofertas muy distintas. De ser necesaria una modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente es resolver el contrato (indemnizando oportunamente al contratista) y adjudicar un nuevo contrato, convocando para ello el correspondiente procedimiento de licitación. La práctica administrativa seguida era, sin embargo, muy distinta. Dado que la modificación no tenía, en sentido estricto, un límite cuantitativo, pues el umbral del 20% (en más o en menos) del precio del contrato sólo actuaba como causa de resolución a voluntad del contratista, han venido siendo muy frecuentes las modificaciones que rebasaban ese límite y a las que los contratistas no se oponían, resultado al que contribuía especialmente la práctica habitual de efectuar bajas considerables en las ofertas que luego eran compensadas con las modificaciones.

⁸⁰ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J: “Art. 92 *quáter*. REFLEXIONES La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible”, en Revista Contratación Administrativa Práctica, N° 110, Julio 2011, pp.1 a 7 y <http://authn.laley.net/comun/cgi-bin/imprimirrevista.pl?http://authn.laley.net/rcap/sldo...27/07/2011>.

Explica el citado autor que la nueva regulación del régimen jurídico de los modificados en los contratos del sector público, introducida por la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, al que habrán de sujetarse también los poderes adjudicadores en la ejecución de sus contratos privados, requiere el análisis de cuál ha de ser el procedimiento para la tramitación de estos modificados. Este análisis lo abordamos en este trabajo atendiendo a un criterio objetivo, según se trate de una de las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (Art. 92 *ter*) o de una de las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (Art. 92 *quáter*); y a un criterio subjetivo según los entes, organismos y entidades del sector público que tramiten los modificados reúnan o no la condición de Administraciones Públicas.

⁸¹ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit. Este autor señala como conclusiones en relación con el nuevo régimen de modificación de los contratos lo siguiente: “La nueva regulación de la modificación de los contratos, que introduce la L.E.S., procura adaptar a las exigencias del Derecho comunitario las previsiones de la L.C.S.P. Tengo la completa seguridad de que la nueva regulación del régimen de modificación de los contratos del sector público, no contentará a nadie. Unos considerarán que las previsiones del nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público exceden, con amplitud, de la legalidad comunitaria —y están fuera del marco fijado por la jurisprudencia del T.J.U.E—; otros entenderán que se trata de una normativa de imposible cumplimiento, que lo imprevisible no se puede prever pues, por definición, es algo súbito y repentino. Es posible que ambos, los unos y los otros, estén asistidos de fundadas razones en defensa de sus correspondientes tesis y, seguramente, la L.E.S. ,debería haber ido más allá en otros aspectos que no han sido objeto de consideración [Por ejemplo, la publicidad de las modificaciones de los contratos. El Art. 10.3 g) de la Ley 4/2006, de 30 de Junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, establece la obligación de publicar en la página Web del órgano de contratación: «En su caso, las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, y este sea superior a 1.000.000 €». En el mismo sentido el Art. 19.2 f) de la Ley 4/2011, de 31 de Marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears]. En todo caso, lo que ya no es de recibo es que, por la indolencia en la aplicación de la normativa comunitaria, la contratación del sector público en España parezca un pantano donde campan a su aire las inmunidades del poder —en expresión de Francisco Sosa Wagner—; es decir, un nuevo patio de Monipodio. Ni la Administración Pública, ni el sector público, ni mucho menos la sociedad española, puede tolerar la existencia de la más mínima sospecha en cuestiones que afectan a la transparencia y honradez de los hábitos públicos. Las normas no las hacen buenas quienes las aprueban, sino quienes las aplican. Es necesario mudar costumbres, abandonar prejuicios, y, con ánimo sereno y templado, reconocer que la «era del reformado» ha terminado”.

Administración⁸². El último autor citado explica que el objetivo fundamental de la ley es impulsar un cambio de modelo económico en España a través de la mejora del entorno económico, el impulso de la competitividad y la apuesta por la sostenibilidad medioambiental. En el marco de las mejoras del entorno económico, se incluyen determinadas medidas que afectan a la contratación pública. GARCÉS SANAGUSTÍN, M, apunta que por primera vez en nuestra tradición legeferendista en materia de contratación pública se ha optado por introducir el régimen general de la modificación de los contratos en un nuevo Título (V) del Libro I de la L.C.S.P, como un ámbito propio de la configuración estructural del contrato y no como un incidente propio de la fase de desenvolvimiento y ejecución del vínculo contractual. Si bien es cierto que la modificación tiene lugar en todo caso durante el período de vida del contrato, una vez que éste ha sido objeto de formalización, tampoco cabe perder de vista que la concurrencia de una causa novatoria afecta al objeto del contrato y, por extensión en muchas ocasiones, al precio y valor de los mismos. Es por ello que no existe impedimento conceptual en avalar esta técnica, porque afecta a la propia esencia del contrato y al régimen general de concurrencia. No obstante, siempre podría cuestionarse que el Art. 92 *bis* contemple la novación subjetiva, la cesión o la revisión de precios como una modificación, cuando en sentido estricto lo que se regula es la novación modificativa material.

El Consejo de Estado en su Dictamen nº 215/2010 expone que el nuevo régimen de modificación contractual se incorpora a la L.C.S.P., mediante la introducción de un último Título (el V) en el Libro I de esta norma. Conforme a esta regulación, son dos los supuestos en los que se admite la modificación contractual:

⁸²BELTRÁN GÓMEZ, A.I, en su trabajo “La transparencia en la modificación de los contratos públicos” explica que Las modificaciones más significativas introducidas por la L.E.S fueron las siguientes: 1º) Se establece la obligación de computar, dentro del valor estimado del contrato, los posibles modificados del mismo que se hallen previstos en la documentación que rige la licitación (Art. 88.1 T.R.L.C.S.P., -76.1 L.C.S.P) La determinación del valor estimado del contrato es considerado por el T.R.L.C.S.P., a múltiples efectos: para determinar el tipo de procedimiento por el que se puede o debe tramitar un expediente (Arts. 13 y 14, -contratos sujetos a regulación armonizada- , 171 – procedimiento negociado-, etc.); para establecer la forma en el que se ha de dar publicidad a la licitación (Art. 177); para determinar los supuestos en que ciertos entes han de recabar autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos (Art.317); etc. 2º) De modo expreso, se diferencia entre la modificación del objeto del contrato –se estudia en el presente tema- y las modificaciones subjetiva, temporal (prorroga) y, la que supone la revisión de precios (Art.105.1 T.R.L.C.S.P., 92 bis 1 L.C.S.P-). 3º) Al igual que en la regulación anterior se diferencia entre las modificaciones previstas y las no previstas en la documentación que rige la licitación, ahora bien, a diferencia de aquella, la regulación introducida por la LES, establece en *numerus clausus*, las circunstancias que deben concurrir para llevar a cabo una modificación no prevista en los pliegos o el anuncio de licitación (Art.107.1 TRLC.S.P -92 *quáter*.1. L.C.S.P.) y que, en todo caso, (Art.107.2 T.R.L.C.S.P., 92 *quáter*.2. L.C.S.P) no podrá suponer una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, (Art.107.3 TRLC.S.P 92 *quáter*.3. L.C.S.P.). 4º) Dentro del concepto de alteración de las condiciones esenciales, se contempla expresamente (Art. 107.3 T.R.L.C.S.P) las modificaciones del contrato, no previstas en la documentación que rige la licitación, que igualen o excedan en más o en menos el 10% del precio de adjudicación. Superado el mismo, la ley establece la obligación por parte del órgano de contratación de proceder a la resolución del contrato (105.1. 2º Pº. T.R.L.C.S.P., 92 bis L.C.S.P). Recordemos que con anterioridad a la reforma este porcentaje era del 20%, y el contratista se encontraba facultado para instar la resolución del contrato sobrepasado tal porcentaje.

- Primero, cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación: Para la operatividad de esta modificación, no basta con que se haya advertido expresamente en alguno de tales documentos, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales.
- Segundo, cuando, no estando la modificación prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, esté justificada por una serie de causas tasadas, no altere las condiciones esenciales de la licitación y no exceda el 20% del precio de adjudicación.

Se destaca que los cambios que esta regulación supone con respecto a las previsiones en vigor son notables. Lo más llamativo es que, por primera vez, la modificación de los contratos celebrados en el ámbito del sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil. Al margen de esto, y por lo que se refiere a los contratos administrativos, frente al régimen entonces en vigor, y confuso, (que se caracteriza, ex Art. 202 de la L.C.S.P, por exigir la concurrencia de razones de interés público y de causas imprevistas debidamente justificadas, así como la previsión de esta posibilidad en los pliegos y en el documento contractual, sin que, en cambio, esté contemplado un porcentaje máximo del precio de adjudicación que no se pueda sobrepasar), la disposición final décima octava del Anteproyecto estipula, en primer lugar, que no será ya necesario que la eventual modificación esté contemplada en los pliegos y en el contrato para que la misma sea factible, en la medida en que se regula expresamente la posibilidad de una novación contractual no prevista en la documentación que rige la licitación.

Junto a ello, y en segundo lugar, se prevé que, cuando dicha posibilidad sí aparezca recogida, la información atinente a la misma esté mucho más perfilada, pues afecta tanto a las causas a las que ha de responder la modificación como al alcance que pueda tener. Por último, a falta de previsión en la documentación contractual, la novación se somete a un régimen muy estricto, por cuanto ha de cumplir un requisito hoy no regulado expresamente (aunque sí exigido por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado), como es el respeto de las condiciones esenciales de la licitación; exige la concurrencia de una justificación más concreta que la genérica alusión a las razones de interés público y las causas imprevistas, y está sometida a un porcentaje máximo.

Para el Consejo de Estado la valoración global del régimen proyectado es positiva, ya que ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar de los expedientes de modificación contractual que aquella pudiera ser empleada para encubrir "prácticas viciosas" susceptibles de "frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación" de contratos públicos (dictamen del expediente número 34/2007, de 1 de Febrero). La regulación en preparación contribuye a evitar este efecto, toda vez que se restringen las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación contractual y el alcance que puede tener si no está prevista en la documentación de la licitación, mientras que, de estar contemplada en ella, la modificación no atenta contra

el principio de concurrencia, pues todos los licitadores conocen antes de participar en el procedimiento de adjudicación en qué circunstancias y porcentaje la modificación puede llegar a producirse una vez suscrito el contrato. En este sentido, la Comisión Nacional de la Competencia ha manifestado una opinión favorable a los cambios estudiados. Ahora bien, no se le oculta al Consejo de Estado que la técnica de los modificados está muy arraigada en la práctica administrativa, por lo que no se descarta que la nueva regulación genere dificultades en su aplicación hasta que las empresas licitadoras sean capaces de ajustar sus ofertas al régimen que se propugna introducir.

b.2) La importancia del Derecho de la Unión Europea.

b.2.1) Planteamiento.

El motivo último del cambio radical de planteamiento introducido por la L.E.S., hay que buscarlo en el Derecho comunitario.

Hay que reconocer, que las Directivas Comunitarias cayeron como un auténtico diluvio de agua helada sobre el imperante concepto de “modificado” aplicado en España. Resulta cierto, que muchas situaciones podían haber buscado cobijo bajo tal figura y no es menos cierto, que de las arcas de Bruselas manaban presupuestos paralelos para cubrir “desafortunados o lamentables imprevistos” sobre obras recién iniciadas o en su incipiente mitad. Por otro lado, para que se pueda modificar un contrato es necesario que el mismo se encuentre dentro del plazo de ejecución. Es decir, en el momento del “replanteo” o bien durante la ejecución de las obras. Hasta aquí, de una lógica aplastante. Pero también somos conscientes que no son muchos los éxitos alcanzados capaces de establecer una legislación y método destinados a regular y reducir desde el punto de vista presupuestario, la totalidad de los costes de inversión, ya que en la mayoría de los mismos, es dudoso, que realmente lleguen a conocerse. Pero por tradición, la cifra final por este concepto es muy posible que en una media ponderada haya superado el 50% del importe inicialmente presupuestado, bien bajo la figura pura del “modificado” u otras similares, auxiliadas por la Administración, las cuales pretenden en ocasiones “enmascarar” o “camuflar” modificados de contrato como veremos más adelante en el capítulo IV. Resulta muy difícil en la relación Empresa-Administración desprenderse de la sistemática que han supuesto los “modificados de obras o *ius variandi*, que han estado legislativamente anclados al antiguo Art. 101.1 del T.R.L.C.A.P., arriba citado. Es decir, que lo anterior, basándonos en el tópico “cajón de sastre”, ha constituido casi siempre, un pertrechando y pintiparado auxilio, al estancamiento normativo. Es cierto, que las nuevas modificaciones posteriores supusieron una ruptura con el tradicional criterio en cuanto a nuevos supuestos se refiere, pero también cabe contemplar, como han surgido auténticas excepciones al denominado “cajón de sastre”, donde, a ninguna de las partes intervinientes se podría inculpar como causante y que veremos un poco más adelante.

El Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, de la Comisión mediante Comunicación de 27 de Noviembre de 1996, afirmó que: “una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos: generar crecimiento sostenido a largo plazo, crear empleo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades

ofrecidas por el mayor mercado integrado del mundo y afrontar eficazmente la competitividad en los mercados globales y permitir que el contribuyente y los usuarios obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor costo”.

Es decir, a través del empleo de fondos públicos destinados a abonar el precio del contrato por la Administración, se satisfacen las necesidades públicas mediante la ejecución por parte del contratista de la prestación que constituye el objeto del contrato.

La actividad que se pretende regular es de gran importancia económica y debe someterse a la regla de la libre competencia comunitaria.

Por ello, los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, deberán ajustarse a una regulación imperativa en defecto de la posible libertad contractual de las partes. En este sentido, puede decirse, que son contratos formales como medio de imponer el cumplimiento efectivo de los preceptos de la Ley.

Se tratarán de hechos, que se producirán en un corto futuro a través de las pertinentes Directivas, que junto a las nuevas perspectivas, acabarán imponiéndose en la contratación pública.

Lo cierto es que la tradicional puesta en práctica en España de los “modificados de obra”, han supuesto en muchos casos, una cierta restricción a la competencia.

Su reiterado uso, han puesto sobre la mesa en muchas ocasiones que el porcentaje de modificación, viene oscilando alrededor del 25% de media sobre el precio primitivo.

A diferencia del sistema sajón, el sistema español, al igual que el francés o el belga, optó por un modelo donde es preeminente: el interés general que justifica el ejercicio de las prerrogativas de los poderes adjudicadores.

Tras el ingreso de España en la Comunidad Europea se produce un cambio radical en el planteamiento tradicional de regulación de la contratación pública.

Los preámbulos que han servido de base a través de las Directivas pertinentes además de diversas cartas de emplazamientos por parte de la Comisión, han pretendido ser muy expresivos en lo concerniente: a transparencia; prácticas; restricciones; etc.

Con ello no se piense que se ha pretendo instaurar un Derecho Público o Administrativo especial, sino únicamente, un Derecho que pueda garantizar la publicidad y no discriminación en la contratación.

La Unión Europea actualizó y simplificó la legislación relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, que se basa sobre todo en la Directiva 2004/18/CE, conocida como “clásica” y destinada a los: contratos de obras, suministros y servicios en el Sector Público. Se intenta caminar pues, hacia un nuevo derecho

común de la contratación europea en el ámbito de los servicios o intereses públicos, que obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional⁸³.

Las precisiones del derecho comunitario, han girado siempre sobre la existencia de un supuesto y sólido mercado interior, que debería ser a día de hoy, uno de los núcleos principales de la unión.

Sobre el tema, nos interesa el Art. 32, de la citada Directiva que hacía referencia a los modificados: En la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, el que las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en dicho acuerdo marco, en particular, en el caso mencionado en el apartado 3º.

Sin embargo, no siempre los Estados Miembros cumplen con lo establecido en la Directiva. De hecho, se han abierto decenas de procedimientos por incumplimiento.

Ello, porque el Derecho Comunitario en lo que se refiere a materia de contratos, ha dejado libertad a los estados miembros para la regulación de efectos, cumplimiento y extinción, pero no ha contemplado en las tres directivas clásicas ni la directiva de segunda generación que las sustituyó. La directiva 2004/18/CE, ha dedicado preceptos a la fase del contrato en la que se ubica el modificado, dejando libertad a los estados en la decisión de incluir en sus códigos una regulación concreta en este sentido.

Sin embargo, esta omisión de las Directivas Comunitarias, no es obstáculo para que la Comisión, se preocupe por la adecuación del Derecho Positivo Interno de los estados miembros en esta materia. En esta labor se incluye el control de las adjudicaciones “adicionales” sin la debida publicidad y las posibles vías de recurso que los interesados tienen tras los actos que les dan soporte.

Bajo estas premisas, el Tribunal ha condenado en diferentes Sentencias a los Estados Miembros y a la Comisión cuando actuaba como poder adjudicador por considerar que con la aprobación de modificaciones del contrato se han producido adjudicaciones al margen del Derecho Comunitario.

El 12 de Diciembre de 2006, los servicios de la Comisión remitieron una carta a las autoridades españolas⁸⁴, en las que transmitían sus observaciones sobre el Anteproyecto de la nueva L.C.S.P., Ley 30/2007, de 30 de Octubre de 2007. Entre dichas observaciones destacaba la de que ninguna disposición de la citada Directiva, autoriza a modificar un contrato por nuevas necesidades.

Dichas observaciones fueron debatidas: Comisión vs. Autoridades españolas el 16 de Enero de 2007, manifestando éstas últimas, entre otras alegaciones, que las Directivas de Contratos Públicos no afectan a la fase de ejecución; que el *ius variandi* es una

⁸³ FERNÁNDEZ GARCÍA, M. "La nueva regulación de la Contratación Pública en el Derecho Comunitario Europeo" RAP 166, 2005 págs. 281-320

⁸⁴ Ref. Markt C2/PMS/dm D(2006) 15474.CAD, 12.12.2006. 5646.

característica esencial de los contratos administrativos, que el concepto de causas imprevistas está fuera del ámbito de las normas de contratación pública, y que no es de aplicación a la Ley 31/2007.

Posteriormente, con fecha 16 de Abril de 2007, los Servicios de la Comisión presentaron nuevas observaciones al proyecto de L.C.S.P.⁸⁵

Se trata de la Circular nº 1/2007 y sus criterios de aplicación procedente del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre: “Certificación de Gastos derivados de Modificaciones de Contratos, de Fondos FEDER y de Cohesión”.

En ella se recoge, el comunicado de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, sobre la incorrecta transposición de determinados puntos sobre contratación pública de la Directiva 2004/18/CE a la normativa nacional. En concreto y en el punto 2 de la Circular, se recoge: “Con respecto a las certificaciones de gastos presentadas a la Dirección General de Fondos Comunitarios durante el año 2006, correspondientes al actual marco de programación, deberá procederse a la deducción de los gastos derivados de modificaciones de contratos, que, como en el punto anterior, se hayan realizado al amparo de las condiciones previstas en el mencionado Art. 101 del T.R.L.C.E., siendo posible, en tal caso, la sustitución de dichos gastos por otros realizados por el mismo organismo ejecutor que sean de conformidad con los términos de la Decisión aprobatoria de las ayudas”.

A continuación, el 6 de Mayo de 2008⁸⁶, y en concreto, después de promulgarse la L.C.S.P., supuestamente recogiendo la transposición de la mencionada Directiva, la Comisión vuelve a dirigirse a las autoridades españolas, en esta ocasión, a nuestro M.A.E., recordándole entre otros puntos, las observaciones sobre el entonces anteproyecto de L.C.S.P., (12.12.06), así como puntualizando sobre reuniones sostenidas posteriormente con nuestras autoridades.

Se trata de un escrito de 26 páginas dirigido a nuestro Ministro de AA.EE., recabando la atención española sobre la transposición de la Directiva 204/18/CE, a 26 artículos de la L.C.S.P (Ley 30/2007), y de nuevo, se aborda en el escrito la: “posible facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados”. No finaliza aquí el tema, sino que con fecha 27.11.08 la Comisión de las Comunidades Europeas en su DICTAMEN MOTIVADO 2008/2014 C (2008) 7183, vuelve a la carga sobre la eventual incompatibilidad de los susodichos artículos, al entender que el régimen de los “modificados de obra”, no se ajusta al Derecho Comunitario.

Muestran ampliamente su desacuerdo, entre otros puntos, ante un aparente “cierre en falso” en la L.C.S.P., ante lo económicamente sangrante que hasta ahora significan los “modificados de obra”.

La modificación de los contratos una vez adjudicados, es una práctica que no responde a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia,

⁸⁵ Ref. Markt C2/AJP/bmg D (2007) 3464. CAD, 16.04.2007.1473

⁸⁶ Escrito 06.05.08 de la Comisión al Ministro de Asuntos Exteriores Español: 2008/2014 C (2008) 1456.

derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de Marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y de los Arts. 12, 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la comunidad Europea.

Se hace referencia, igualmente, a los amplios poderes de los órganos de contratación españoles, que pueden alterar las condiciones esenciales de los contratos públicos con posterioridad a su adjudicación, sin que las condiciones para su modificación hayan sido previstas en los documentos de forma inequívoca.

Asimismo, la Comisión considera que nuestro sistema permite recurrir a los “procedimientos negociados” sin posibilidad en circunstancia diferentes a las establecidas en el Art. 31 de la Directiva 2004/18/CE.

Por ello, podría plantearse, si esta intervención externa y actual, lo que en realidad pretendiese fuese el reflejar desde otro ángulo lo que en el ámbito del derecho español se ha venido palpando pretéritamente: si su utilización pudiera constituir un abuso y fraude a los principios licitatorios, al amparo en muchas ocasiones del improbable y socorrido término utilizado por la Administración: nuevas necesidades o causas imprevistas surgidas en las obras, antiguo Art. 101 L.C.A.P., o interés público junto a nuevamente: causas imprevistas del nuevo Art. 202 L.C.S.P. O bien, ¿por qué no reflexionar si las causas imprevistas podrían servir de refugio o acogida al principio de eficacia en la actuación pública? No olvidemos este planteamiento desde ahora mismo.

Los servicios de la Comisión señalaron, en sus escritos, que el régimen contenido en el Proyecto de L.C.S.P., que permitía la modificación de contratos públicos tras su adjudicación, no era compatible con las normas comunitarias de contratación pública. Ese régimen ha quedado, en sustancia, consolidado en la L.C.S.P publicada en el Boletín Oficial del Estado español y notificada como medida de trasposición de la Directiva 2004/18/CE.

De esta forma se expresaba: El objeto del presente escrito es recabar la atención de las autoridades españolas sobre el hecho de que el régimen establecido en la L.C.S.P., tal como ha sido publicada finalmente en el B.O.E., régimen que permite modificar los contratos ya adjudicados durante la fase de ejecución, sigue siendo incompatible con las normas comunitarias sobre contratación pública, según se explica a continuación.

Según la Comisión el articulado en cuestión permite a los poderes adjudicadores modificar los contratos públicos tras su adjudicación y celebración, si existen motivos de interés público y para hacer frente a causas imprevistas, que deberán constar en el expediente de contratación.

Dichas modificaciones no deben afectar a las condiciones esenciales del contrato. Al hilo de lo anterior, la Comisión interpreta que las condiciones esenciales para la adjudicación de un contrato equivalen a un nuevo contrato y, por tanto, requieren un nuevo procedimiento de adjudicación.⁸⁷

⁸⁷ Conclusiones generales del Abogado General Kokkot del 13.3.2008, C-454/06, apdo. 62 y 75 in fine.

De conformidad con el Tratado C.E., la Comisión Europea tiene competencia para adoptar procedimientos de infracción, contra todo Estado Miembro que no cumpla las obligaciones que le incumban en virtud de la normativa de la U.E. Estos procedimientos constan de tres etapas: En la primera, el Estado Miembro recibe una carta de emplazamiento y tiene dos meses para responder. En caso de que sea necesario adoptar otras medidas para garantizar el cumplimiento de la legislación de la U.E., la Comisión remite un dictamen motivado. De nuevo el Estado Miembro tiene dos meses para responder. Si no existe una respuesta satisfactoria, la Comisión puede remitir el asunto al Tribunal de Justicia Europeo. Puede solicitar también que el Tribunal imponga una multa al país afectado si no cumple con la Sentencia del Tribunal.

La Comisión pretende igualmente averiguar cuál es el significado para las autoridades españolas de: “causas imprevistas” y “condiciones esenciales del contrato”. En opinión de la Comisión, “las causas imprevistas”, no sólo incluyen las circunstancias de carácter imprevisible, como los desastres o catástrofes naturales o provocadas por el hombre (fuerza mayor), sino también las circunstancias que los poderes adjudicadores no hayan previsto en el momento de la adjudicación del contrato. Ahora bien, al evaluar estas últimas, debe tenerse en cuenta lo que un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad, debería haber previsto.

Las autoridades españolas respondieron con fecha 4 de Julio de 2008, a través de argumentaciones que en absoluto satisficieron a la Comisión.

Finalmente, reiterar que a finales del 2009, la Comisión decidió llevar a España ante el Tribunal de Justicia Europeo en relación con una serie de disposiciones referente a la Ley española (Ley 30/2007) de Contratos del Sector Público.

La Comisión consideró que el régimen de modificación de los contratos, tras su adjudicación, tal y como se encuentra regulado en la L.C.S.P., no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios), además de los Arts.12, 43 y 49 del Tratado CE.

Se infiere, que la L.C.S.P., otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca.

Independientemente de lo anterior, la Comisión considera también que la L.C.S.P., permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de “procedimientos negociados sin publicidad”, en contra de lo dispuesto en el Art.31 de la directiva 2004/18/CE

Nuestro derecho, en la Ley de Bases de Contratos del Estado: 198/1963 y L.C.E.: 923/1965, consagró el *ius variandi* potestad unilateral de modificación de los contratos administrativos.

La L.C.S.P., en su texto refundido, recogía lo anteriormente expuesto, a través de los Arts. 211 y 219 como prerrogativas de la Administración en defensa del interés público.

La potestad de modificar el contrato es una prerrogativa que tiene su campo operativo una vez que el contrato se perfecciona y despliega su eficacia según las prestaciones convenidas. Es decir, por razones de interés público y de forma que la ejecución se acomoda a las nuevas necesidades surgidas, que hacen que el contrato en los términos inicialmente pactados, no conlleve a los fines que determinaron su celebración.

La modificación se dirige únicamente a la alteración del elemento objetivo del contrato: su objeto o sus condiciones principales, nunca el subjetivo: las partes. Como podemos observar, la figura del contrato administrativo de obras se rige por el principio excepcional de la “mutabilidad” permitiendo que la presencia dominante del interés público, determine que la clásica inmutabilidad del contrato se convierta en la mutabilidad del fin.

Paralelamente, la Comisión de las Comunidades Europeas⁸⁸ ha trasladado por una parte al Ministerio de Economía y Hacienda-Dirección General de Fondos Comunitarios, la existencia de un nivel significativo de incidencias referidas especialmente a modificaciones de contratos tramitadas al amparo del antiguo Art. 101 del Real Decreto Ley 2/2000, con cargo al Fondo de Cohesión y FEDER. Es decir, se refiere a las certificaciones de gastos presentadas a la Dirección General de Fondos Comunitarios (España).

La citada circular reconoce la variada gama de modificados que puede darse en función de su naturaleza, cuantía o condiciones de legalidad, igualmente a la necesidad de atender compromisos de programación y a la comprobación de que los contratos adicionales en cuestión, sean conformes a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Es decir, la cuantía tanto monetaria como de concepto debe ser importante a tenor de la lectura del documento y posterior actuaciones de nuestro Ministerio de Economía.

En una versión más reciente, la Comisión Europea ha continuado, con el segundo LIBRO VERDE⁸⁹, basado en que en épocas de presupuestos reducidos y dificultades económicas y otras tribulaciones en bastantes Estados miembros, la política de contratación pública, debe garantizar un uso eficaz de los fondos públicos con vistas a reforzar el crecimiento y la creación de empleo, requiriendo instrumentos flexible, rápidos y fáciles de utilizar, que hagan transparente y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos por las autoridades europea y sus proveedores.

La Comisión Europea plantea cuestiones tales como:

⁸⁸ Ministerio de Economía y Hacienda-Criterios de aplicación de la Circular 1/2007-Gastos derivados de modificaciones de contratos. Fondos de Cohesión y FEDER.

⁸⁹ Ver, Comisión Europea. Bruselas 27.1.2011. COM (2011) 15 final. LIBRO VERDE sobre la modernización de la política de contratación pública de la U.E. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente.

- ¿Necesitamos normas más rigurosas o mejores salvaguardia para prevenir el favoritismo, la corrupción o los conflictos de intereses?
- ¿Cómo puede garantizarse una competencia eficaz en los mercados de contratación pública? Por ejemplo, ¿Cómo podría prevenirse la aparición de proveedores en posición dominante, la manipulación de licitaciones o el reparto del mercado entre los licitadores?

Es sabido, que unas condiciones de competencia deficientes, conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios, y por tanto, para los ciudadanos.

El mismo texto se plantea en su apartado 2.5⁹⁰: “si las normas de la U.E. deberían proporcionar instrumentos específicos que permitan a los poderes adjudicadores tratar más eficazmente estos problemas”.

El Consejo de Estado en su Dictamen nº 215/2010, relativo al anteproyecto de la L.E.S., explica que el propósito de limitar la potestad de modificar los contratos que prevé la reforma de la LES guarda conexión con el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la L.C.S.P, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de Marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁹¹. La incorporación al expediente de información acerca de la evolución del

⁹⁰ Ver, Comisión Europea. Bruselas 27.1.2011. COM (2011) 15 final. Interrogantes acerca de la Ejecución del contrato. pág. 26 y ss. del Libro Verde sobre la Modernización de Contratación Pública de la U.E. Hacia un Mercado europeo de la Contratación Pública más eficiente.

⁹¹ GARCÉS SANAGUSTÍN, M, op.cit, señala que un primer juicio de análisis parte de la necesidad de considerar si los modificados de proyectos son contingencias admisibles o no a escala nacional y comunitaria. En el plano comunitario, el Art. 31.4 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de Marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, prevé la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado en contratos de obras, hurtando de este modo la aplicación del procedimiento abierto, en los siguientes casos: “a) Con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio: - cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores o bien - cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial; b) En el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras y servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido. La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de

referido procedimiento por incumplimiento y, sobre todo, del dictamen motivado de la Comisión, habría sido pertinente para justificar la motivación de la reforma proyectada y muy útil para valorar si la misma responde al parecer de la Comisión⁹².

En el mismo sentido la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado expone que ante los requerimientos de la Comisión Europea, la Dirección General del Patrimonio del Estado aceptó el planteamiento del organismo comunitario, comprometiéndose a reformar la L.C.S.P., reforma que se ha efectuado mediante la L.E.S; por lo demás, no puede desconocerse que la modificación legal operada ha venido también motivada en gran medida por la repercusión que la práctica administrativa indicada podía tener en los proyectos financiados con fondos estructurales comunitarios.

b.2.2) La perspectiva de la Jurisprudencia Comunitaria.

El T.J.C.E., se ha cuidado en varias ocasiones de definir en diferentes Sentencias cuándo la alteración de los elementos del contrato supone una nueva adjudicación y, por tanto, requiere de publicidad y concurrencia. Como muestra de esta Jurisprudencia nos parece importante citar dos Sentencias:

Primero la Sentencia T.J.C.E., de 29 de Abril de 2004, *Succhi di Frutta SpA*⁹³, tiene como punto de partida una licitación para fijar las condiciones más ventajosas para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Georgia, Armenia y de Azerbaiyán y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizaría en especie, y más concretamente, en frutas procedentes de la intervención. Se estipulaba en el pliego el detalle de frutas y toneladas que constituirían el pago por el suministro.

licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del Art. 7. Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.”

⁹² Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit. BELTRÁN GÓMEZ, A.I, en su trabajo “La transparencia en la modificación de los contratos públicos” explica lo siguiente: Según el preámbulo de la LES, “... se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la U.E., y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10% el precio inicial del contrato. ...” No ha sido sin embargo propiamente la recomendación de la U.E., sino el procedimiento de infracción contra España abierto por la Comisión Europea contra aquella, y la más que probable condena de la misma, lo que forzó a dicha modificación. En efecto, la Comisión abrió en su día expediente por considerar que la legislación española “confería a las entidades adjudicadoras poderes muy amplios, casi ilimitados, para modificar cláusulas esenciales de los contratos públicos tras su adjudicación, en condiciones que no se atenían a los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia fijados por las normas sobre contratación pública de la UE...” y que la normativa existente “... abría la posibilidad de que la entidad adjudicadora recurriera a procedimientos negociados sin publicación, infringiendo así el Art. 31 de la Directiva 2004/18/CE...” La regulación comunitaria de las modificaciones en los contratos públicos viene dada por la Directiva 2004/18/CE y, fundamentalmente, por la jurisprudencia comunitaria, especialmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de Abril de 2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*. El 6 de Abril de 2011, justo un mes después de la entrada en vigor de la reforma, la Comisión Europea hizo público el cierre o abandono del procedimiento de infracción contra España.

⁹³ Ver, Sentencia del T.J.U.E., por todas, C-496/99 P Comisión contra CAS Succhi di Frutta -2004- RTJ página 380.

La Comisión adjudicó a Trento Frutta varios lotes, recibiendo en pago una serie de cantidades de frutas retiradas del mercado. Sin embargo, tras ello permitió que el pago se produjera de forma distinta a la inicialmente prevista, modificando así el contrato. Durante la ejecución del contrato, la Comisión, órgano de contratación, decidió permitir la sustitución de determinadas cantidades de melocotones y albaricoques por nectarinas. La empresa CAS Succhi di Frutta SpA, que había participado en la licitación pero no había resultado adjudicataria, impugnó tal decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidades Europeas, defendiendo que se habían vulnerado los principios de igualdad de trato y transparencia, entre otras cuestiones, que resolvió anulando la decisión de la Comisión. Ésta apeló en casación ante el Tribunal de Justicia que desestimó y condenó en costas a la Comisión.

Manifiesta el T.J.C.E., que si la entidad convocante estuviera autorizada para modificar a su libre albedrío, a lo largo de la ejecución del contrato, las condiciones de licitación, sin contemplarse una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato resultarían desnaturalizados, contraviniendo principios como el de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, ya que de este modo, las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas”. Añade “que cuando una entidad contratante ha señalado prescripciones en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y asimismo que ese procedimiento de comparación debe respetar en todas sus fases no sólo el principio de igualdad, sino también el de transparencia, para que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas”.

En el ámbito de la jurisprudencia comunitaria esta Sentencia del T.J.C.E. —en adelante S.T.J.C.E.— de 29 de Abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, la que sentó las bases de los requisitos para la modificación de los contratos una vez celebrados⁹⁴.

⁹⁴ Ver, VÁZQUEZ MATILLA J. (2009): "La Modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la S.T.J.C.E. de 29 Abril 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público". REDA, número 143. GARCÉS SANAGUSTÍN, M: "La modificación de los contratos. la reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. incidencia de la jurisprudencia comunitaria", explica que el reconocimiento de estos principios anida en algunas de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por todas, C-496/99 P Comisión contra CAS Succhi di Frutta. En su trabajo enfatiza “la importancia que los principios de igualdad de trato y transparencia presentan en la contratación pública, por imponer que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.” Dicho esto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, de modo que los licitadores tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. Ello debe realizarse no de forma genérica sino expresa, clara y precisa e inequívoca. Finalmente, el trabajo subraya que todas las modificaciones de un contrato tras su celebración no se atienen a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: 1. Que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/ importante de la licitación. 2. Que la posibilidad de aportar una modificación, así

La Comisión se refiere a la Sentencia Succhi di Frutta- C-496/99 P- Comisión contra Cas Succhi di Frutta SpA, manifestando “que una entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales, y en particular, una estipulación que, si hubiera figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente, y que la entidad adjudicadora no puede tras la adjudicación del contrato (...) modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago.

El T.J.C.E., declaró lo siguiente: “En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación en el anuncio de licitación y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.”⁹⁵

La primera consecuencia que debe obtenerse de esta Sentencia, es el reconocimiento hacía el licitador del interés que aún conserva en la licitación, aunque el contrato se encuentra en fase de ejecución y no haya recurrido su adjudicación, pudiendo impugnarse aquellas decisiones, que modifiquen las condiciones iniciales de la contratación.

Otra conclusión de la Sentencia, va encaminada a la interpretación del concepto jurídico denominado: “alteración esencial”.

En opinión del Tribunal, el cambio de fruta como medio de pago, supone una modificación esencial del contrato.

Asimismo, la Comisión Europea en su comunicación interpretativa de fecha 5/2/2008, entendió igualmente en tal sentido, lo manifestado por el T.J.C.E.

En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido los términos de la adjudicación del contrato, tal y como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados⁹⁶.

La Comisión considera que, de acuerdo con esta Sentencia, la modificación de un contrato tras su adjudicación, no se atiene a los principios de igualdad de trato no discriminación y transparencia, derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18 y de los Arts. 12, 43 y 49 del Tratado, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones

como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación.

⁹⁵ C-496/99 P Comisión contra Cas Succhi di Frutta SpA. Apdo. 118.

⁹⁶ C-496/99 P Comisión contra Cas Succhi di Frutta SpA. Apdo. 126.

siguientes: 1) Que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación; o 2) Que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.

Continuando en línea de opinión del doctorando respecto a lo manifestado en el punto 1) Comisión: que no es comparable la postura de la misma, sobre la Sentencia tratada (variación del precio de partidas de fruta) sobre la dificultad que supone en un proyecto, diagnosticar el grado de esencialidad o importancia, que haga del problema suscitado, una cuestión fácil de ser calificada. Para una empresa con medios suficientes, podría resultar fácil la solución aplicable al problema, y por lo contrario, difícil para otra con escasos medios.

Unos bienes perecederos al fin y al cabo, no deberían ser susceptibles de esgrimirse comparativamente sobre el resultado y actuaciones cuyo resultado final es un bien inmueble.

En cuanto a la condición nº 2, ofrece en principio una especie de contrasentido: si la posibilidad de aportar una modificación aparece recogida en la documentación de la licitación, estaremos aseverando en contra de nuestra Administración que la misma pudiera estar reconociendo que el proyecto adolece de algún defecto, previamente detectado, que obligaría a requerir en su momento, una posterior intervención de terceros para su corrección. Defecto, que a través de las modalidades que exige la licitación ha sido señalado por la Entidad contratante, y que debería aceptar el contratista, pero, ante la eventualidad de un desacuerdo, ya que pudiera no, ser compartido o interpretado de la misma forma por los intervinientes.

Al entrever a juicio la condición nº 2, comprobaríamos que el “principio de eficiencia”, (de extraordinaria importancia) como luego observaremos, ha debido ser aplicado en la fase previa a la licitación, mediante la obtención del mejor resultado posible... resultando que por determinadas circunstancias achacables a la Administración que ha brillado por su ausencia, con lo cual, pasa a reconocerse explícitamente la carencia de tal principio en la fase previa (frente de la Administración).

Ante un eventual quebranto del principio de eficiencia, es decir: a través de la comisión de defectos, errores u omisiones en el proyecto inicial; debería a continuación producirse una comprobación de estas situaciones a través de la entidad licitante, así como por los licitadores, es decir, las dos partes principales implicadas en esta fase, fijándose en un plazo superior (40 días), para esta forma, los licitadores pudiesen disponer de tiempo para sugerir las modificaciones pertinentes basadas en las características de la obra a licitar.

Se trata de admitir, por un lado, que la Administración debe aumentar el grado de eficacia mediante el grado de comprobación de calidad que encierra el proyecto que pretende licitar. Comprobación destinada a averiguar dónde se esconden, omisiones y defectos que pueda engendrar el proyecto, y consecuentemente, el alcance económicamente adicional que pueda tener. Solventado este punto, con dicha

importantísima aportación, aún dispondrían de un plazo adicional el licitador, (supongamos que se trata de un plazo ordinario de 26 días) hasta los 40, para completar cualquier eventual modificación. De esta forma, nos podríamos acercar a las recientes conclusiones del Abogado General Kokkot⁹⁷ en las que señala: “hay que presumir la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió”.

La Comisión coincidente en líneas generales con el apartado anterior, estima que los principios de transparencia e igualdad de trato, consagrados en el Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE, y derivados también de los Arts. 12, 43 y 49 del Tratado se cumplen en la medida en que la facultad de modificación de los poderes adjudicadores sea limitada y en tanto en cuanto no menoscabe los resultados de los procedimientos de licitación seguidos (al conceder una ventaja al contratista). En cualquier caso, la posibilidad de modificar el contrato y los detalles de una eventual modificación deben estar previstos en la documentación de la licitación, en términos que permitan a todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y que, en segundo lugar, permitan a los poderes adjudicadores comprobar que las ofertas presentadas responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

Considerando lo que hemos expuesto anteriormente, se cumpliría sobradamente con este postulado de la Comisión, al quedar abierta las participaciones de los licitadores, a través de un mayor compromiso de análisis y soluciones ofrecidas al Poder Adjudicador.

Poco después la Sentencia T.J.C.E., de 13 de Enero de 2005, Comisión contra el Reino de España, donde dicho tribunal consideró que España había infringido las obligaciones que le incumbían en virtud de las Directivas sobre contratos al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular al permitir en el antiguo Texto Refundido que se recurriera al procedimiento negociado en un supuesto que no está contemplado en aquellas normas comunitarias, como es la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos, permitiendo un aumento del 10% del precio base de licitación respecto del procedimiento abierto o restringido previo. Consideró el alto Tribunal que la alteración del 10% del precio implicaba una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato, añadiendo que la interpretación del concepto de “modificación no sustancial” deber ser restrictiva⁹⁸. No únicamente debe obtenerse la conclusión de

⁹⁷ Conclusiones del Abogado General Kokkot de 13/03/08, C-454/06. Apartado 49.

⁹⁸ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit, señala que en el fondo de esta regulación, que aborda la LES, en relación con la modificación de los contratos, se encuentra la necesidad de salvaguardar los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de Marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (EDL 2004/44276). Principios que, según el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España, la

que sólo España autoriza modificados sin la debida publicidad comunitaria, modificando los contratos una vez perfeccionados, sino como el siguiente ejemplo entre empresas italianas y la propia comisión. Aquí tendríamos un ejemplo, claro.

Posteriormente hay que referirse a la STJCE de 19 de Junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur GMBH⁹⁹ y, más recientemente, la STJUE de 13 de Abril de 2010, Wall AG y municipio de Fráncfort del Meno.

Pero en lo que atañe a nuestro país es inevitable hacer referencia al reciente caso Reino de España contra Comisión Europea¹⁰⁰ relativo al caso del AVE¹⁰¹ y a la

L.C.S.P infringía, en cuanto admitía la modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación. Es decir, los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, no sólo deben ser salvaguardados en la fase de licitación y adjudicación del contrato, sino también, y esta es la clave de la nueva regulación, en la fase de ejecución del contrato. El Informe 3/2009, de 15 de Abril, de la J.C.C.A. de la Comunidad Autónoma de Aragón, «Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad», también aborda la necesidad de que las modificaciones del contrato respeten las exigencias derivadas del Derecho comunitario y analiza la jurisprudencia del T.J.C.E.

⁹⁹ En la S.T.J.C.E. de 19 de Junio de 2008, (Presstext Nachrichtenagentur GMBH) aclara que se entiende por “adjudicar” un contrato desde una triple perspectiva: 2. El término “adjudicar”, empleado en los Art. 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial. “Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la Sentencia de 5 de Octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Re. p. I-8377, apartados 44 y 46)».

¹⁰⁰ Ver Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de Enero de 2013, asunto T-235/11, Reino de España, contra Comisión Europea. Un comentario sobre esta Sentencia puede verse en DENÍZ PÉREZ, A y GONZÁLEZ BOTIJA, F.: “Contratación pública y ayudas del fondo de cohesión para el proyecto de construcción del tren de alta velocidad en España”, *RUE: Revista universitaria europea*, nº. 19, 2013, pp. 65-86.

¹⁰¹ En la prensa se explica lo siguiente: “Las obras de construcción de la línea de Alta Velocidad (AVE) entre Madrid y Barcelona costaron 8.966,71 millones de €, lo que supone un 31,4% más del precio por el que se adjudicaron los trabajos (6.822,83 millones) y un 18,8% por encima del precio fijado en los concursos (7.550,42 millones de €). Así lo recoge el Tribunal de Cuentas en su Informe de Fiscalización de las principales contrataciones relacionadas con la construcción de la línea férrea de alta velocidad Madrid-Barcelona, desarrollada desde el 1 de Enero de 2002, con el Gobierno de José María Aznar, hasta la puesta en funcionamiento de la línea, en Febrero de 2008, ya con el Ejecutivo de José Luis Rodríguez Zapatero. Según el documento, la construcción de cada uno de los 621 kilómetros que unen la capital con la Ciudad Condal por alta velocidad costó de media 14,44 millones de €, con lo que la desviación global respecto de los precios inicialmente previstos se elevó hasta el 31,4%. Para el organismo fiscalizador, esta desviación se puede atribuir a las “modificaciones de los contratos, de las obras complementarias y de emergencia, a las revisiones de precios y a las liquidaciones adicionales”, además de a las prórrogas y ampliaciones de plazo, que tuvieron un periodo medio de 4,5 meses por expediente. Sin embargo, si se circunscribe el análisis a los años que recoge el informe (2002-2008), la desviación es incluso mayor, ya que de los 2.851,45 millones de € que se licitaron se adjudicaron finalmente por 2.599,98 millones de €, previéndose un ahorro del 8,8%, pero finalmente se gastaron 3.721,97 millones de €, un 30,5% más que lo previsto y un 43,2% por encima de lo adjudicado. En este periodo en el que se incluyen dos años de Gobierno ‘popular’ y cuatro de dirección socialista- el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) hizo

aplicación del Art. 2, apartado 1, del Reglamento (C.E.) nº 1164/94 del Consejo, de 16 de Mayo de 1994, por el que se crea el Fondo de cohesión¹⁰², que establece: «El Fondo aportará su participación financiera a proyectos, que contribuyan a la realización de los objetivos fijados en el Tratado de la Unión Europea, en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas de infraestructuras de transporte en los Estados miembros cuyo Producto Nacional Bruto *per cápita* sea inferior al 90 % de la media comunitaria, calculada a partir de las paridades del poder adquisitivo, y que cuenten con un programa cuyo objetivo sea cumplir las condiciones de convergencia económica a que se refiere el Art. [126 TFUE].» y la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de Junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), sobre la aplicación de los «procedimientos abiertos, restringidos o negociados». Mediante la Decisión C(2000) 2113, de 13 de Septiembre de 2000, en su versión modificada por la Decisión C(2003) 4240, de 11 de Noviembre de 2003; la Decisión C(2001) 2106, de 11 de Septiembre de 2000, en su versión modificada por la Decisión C(2006) 3333, de 17 de Julio de 2006; la Decisión C(2000) 3483, de 29 de Diciembre de 2000, en su versión modificada por la Decisión C(2006) 3333, de 17 de Julio de 2006; la Decisión C(2001) 4055, de 27 de Diciembre de 2001, en su versión modificada por la Decisión C(2005) 1021, de 22 de Marzo de 2005, y la Decisión C(2004) 4753, de 3 de Diciembre de 2004, en su versión modificada por la Decisión C(2005) 1019, de 22 de Marzo de 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas aprobó la concesión de una ayuda financiera con cargo al Fondo de Cohesión a las siguientes fases de proyectos, respectivamente: – «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001). – «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell» (Plataforma, 1ª fase) (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001). – «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003). – «Línea de

un "uso abusivo" de la tramitación de expedientes como 'de urgente necesidad', sobre todo porque posteriormente "todos fueron tramitados por el procedimiento ordinario de concurso abierto y sin reducción de plazos". Asimismo, el Tribunal de Cuentas apunta que el plazo de inicio de las obras en estos años se demoró en el 30% de los contratos, con un retraso medio de siete meses en el comienzo de las obras, aunque en dos de los proyectos la puesta en marcha de los trabajos se pospuso 30 meses. "En numerosas ocasiones estos retrasos se debieron a que se iniciaron las licitaciones sin haber comenzando las expropiaciones forzosas de los terrenos afectados", se puntualiza. También en estos ejercicios se detectaron numerosas modificaciones de los proyectos, incluso a pesar de que las "necesidades nuevas o causas imprevistas" alegadas para justificar estos cambios ya se conocían antes del inicio de las obras y "eran debidas a vicios, indefiniciones u omisiones" o se derivaban por una "defectuosa ejecución" de las obras. Finalmente, el Tribunal de Cuentas recuerda que ya había alertado de "la mayoría de las deficiencias y debilidades" en materia de "retrasos y sobrecostes muy significativos" que se han constatado, por lo que reclama que se pongan en marcha mecanismos para hacer previsiones "más realistas" de plazos y costes de ejecución, para "evitar la utilización generalizada de las modificaciones de los contratos y las suspensiones temporales de obras"; así como "detallar con claridad" las razones que fundamentan las solicitudes de prórrogas.

¹⁰² Ver DO L 130, p. 1, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1264/1999 del Consejo, de 21 de Junio de 1999, (DO L 161, p. 57), por el Reglamento (CE) nº 1265/1999 del Consejo, de 21 de Junio de 1999, (DO L 161, p. 62), y por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión (DO 2003, L 236, p. 33).

Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y – «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014). Mediante un escrito de 23 de Octubre de 2009, tres escritos de 21 de Abril de 2010 y un escrito de 30 de Marzo de 2010, respectivamente, la Comisión, remitió al Reino de España una propuesta de cierre para cada una de esas fases de proyecto. Cada una de ellas incluía correcciones financieras debido a la existencia de irregularidades en la aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Toda vez que las autoridades españolas se mostraron en desacuerdo con las propuestas de cierre de la Comisión mediante cuatro escritos de 13 de Mayo de 2010, el 23 de Junio de 2010, tuvo lugar una audiencia, con arreglo al Art. H, apartado 1, del anexo II al Reglamento nº 1164/94. Durante dicha audiencia se hizo entrega a la Comisión de un «escrito de alegaciones administrativas a la propuesta de corrección financiera» y una «relación de documentación enviada a la propuesta de corrección financiera de la Comisión Europea relativa a la propuesta de cierre de proyectos del Fondo de Cohesión». El Reino de España facilitó información suplementaria a la Comisión mediante escrito de 23 de Julio de 2010. El 18 de Febrero de 2011, la Comisión adoptó la Decisión C (2011) 1023, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos mencionadas en el apartado 13 *supra* (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»). En la Decisión impugnada, la Comisión declaró la existencia de varias irregularidades que afectaban a las fases de proyecto de que se trataba y redujo en 31.328.947,63 € la ayuda total concedida a dichas fases.

En primer lugar, por lo que se refiere a la fase de proyecto relativa al tramo Madrid-Lleida (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001), la Comisión indicó que la entidad adjudicadora había celebrado setenta y ocho contratos principales asignados en su totalidad a dicha fase, así como dos contratos asignados parcialmente a ésta. Según la Comisión, veintiuno de estos contratos (siete de obras, once de servicios y tres de suministro, todos por encima de los umbrales de la Directiva 93/38) habían sido objeto de al menos una modificación después de su adjudicación para añadir obras, servicios y suministros adicionales, sin convocatoria de licitación previa, por un importe total de 9.630.700,58 €, impuestos excluidos. Además, en el caso del contrato ON 036/01 no se había respetado el plazo mínimo para la presentación de las ofertas (considerandos 59 y 60 de la Decisión impugnada).

En segundo lugar, en relación con la fase de proyecto relativa al tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase) (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001), la Comisión señaló que la entidad adjudicadora había celebrado dieciséis contratos (nueve de obras y siete de servicios), que excedían en todos los casos del umbral fijado en la Directiva 93/38. Según la Comisión, siete de los contratos de obras y los siete contratos de servicios habían sido objeto de diecisiete modificaciones en total después de su adjudicación al objeto de añadir obras y servicios adicionales mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa. La Comisión subrayó que la entidad adjudicadora había utilizado criterios de adjudicación irregulares en el caso de los contratos de obras ON 003/00, ON 018/99, ON 019/99 y ON 001/00 y de los contratos de servicios PC 003/99, PC 004/99, PC 005/99, PC 008/99 y PC 009/99. Además, en el informe que acompañaba a la declaración al término de la fase de proyecto se incrementaba el importe de los gastos no elegibles relacionados con la expropiación de tierras en la fase

del proyecto en cuestión en 18.091,35 €. Por último, afirmó que los gastos certificados en la solicitud de pago final no correspondían al importe indicado en la lista de contratos incluida en el anexo II del informe final (472.133.339,03 €) (considerandos 90 a 93 de la Decisión impugnada).

En tercer lugar, en lo que atañe a la fase de proyecto relativa a los accesos a Zaragoza, (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003) la Comisión indicó que un contrato de obras (ON 015/000) y tres contratos de servicios (PC 017/99, PC 018/99 y PC 019/99), que superan en todos los casos los umbrales de la Directiva 93/38, se modificaron después de su adjudicación a fin de introducir obras y servicios adicionales tras un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa. Según la Comisión, el importe total de la ayuda del Fondo afectada por dichas modificaciones, impuestos excluidos es de 4.408.995,25 €, que corresponde a 6.102.415,75 € en concepto de gastos (considerando 122 de la Decisión impugnada).

En cuarto lugar, en relación con la fase de proyecto relativa al subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés) (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), la Comisión puso de manifiesto que los dos contratos principales celebrados (a saber, el contrato de obras ON 004/02 y el contrato de servicios PC 023/99, que rebasaban los umbrales de la Directiva 93/38), habían sufrido modificaciones tras su adjudicación, sin convocatoria de licitación previa. Según la Comisión, debe considerarse que el importe total, impuestos excluidos, de la ayuda del Fondo afectada por dichas modificaciones, habida cuenta de las aclaraciones realizadas por el Reino de España, se eleva a 3.398.634,47 €, que corresponde a 4.703.992,34 € en concepto de gastos (considerando 131 de la Decisión impugnada).

Sobre el segundo motivo, basado en la aplicación errónea del Art. 20.2, de la Directiva 93/38. El Reino de España afirma que la Comisión incurrió en un error al basar las correcciones financieras en la infracción del Art.20.2, letras e) y f), de la Directiva 93/38. Señala que no procedió a realizar una contratación de prestaciones adicionales, regulada en el Art. 20.2, letras e y f), de la Directiva 93/38, en el Art. 141, letra d), del T.R.L.C.A.P y en el Art. 25, letra f), de la Ley 48/1998, ya que no hubo prestaciones nuevas, diferentes de las inicialmente contratadas. Al contrario, asevera que lo que el Reino de España llevó a cabo fue una modificación de los contratos en la fase de ejecución de éstos, en el sentido de los Arts.101, 146, 189 y 212 del T.R.L.C.A.P, alterando las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, lo que constituye, según el Derecho nacional, un supuesto distinto al de contratación de prestaciones adicionales. Según el Reino de España, la modificación contractual, que implica el mantenimiento del contrato inicial y que, en consecuencia, se diferencia de la contratación de prestaciones adicionales, no exige una nueva licitación. En su opinión, tales modificaciones no están incluidas en el ámbito de aplicación del Art. 20.2, letras e) y f), de la Directiva 93/38, el cual, al regular exclusivamente la fase de adjudicación de los contratos, se refiere sólo a la contratación de prestaciones adicionales, pero no a la modificación de los contratos, ya que ésta se produce no en la fase de adjudicación de los contratos sino en la de ejecución de éstos. Afirma que, de este modo, en la Decisión impugnada la Comisión incurrió en el error de equiparar la figura de la modificación contractual, prevista en los Arts. 101, 146, 189 y 212 del

T.R.L.C.A.P, con la de la ejecución de obras adicionales, que se regula en el Art. 20 de la Directiva 93/38, en el Art. 141, letra d) del T.R.L.C.A.P., y en el Art.25, letra f), de la Ley 48/1998.

Con carácter previo, debe señalarse que, aunque el Reino de España discute la aplicabilidad en el caso de autos del Art.20. 2, letra f), de la Directiva 93/38 a las obras adicionales sobre las que versa la Decisión impugnada, en su recurso no cuestiona, por un lado, que la entidad adjudicadora debía respetar lo dispuesto en la Directiva 93/38 al celebrar contratos relativos a las fases de proyectos a las que se refiere la Decisión impugnada y, por otro, que la infracción de las disposiciones de una directiva puede constituir una irregularidad en el sentido del Art. H.1,letra b), del anexo II del Reglamento nº 1164/94, como recordó la Comisión en el considerando 57 de la Decisión impugnada.

En primer lugar, debe recordarse que, según el Art. 4.1, de la Directiva 93/38, para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la misma Directiva. En virtud del Art. 4. 2, de ésta, las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los prestadores de servicios no sean objeto de discriminación. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de Noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de Diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de Febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38). El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de Abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110). Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el Pliego de Condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 111).

En relación con los procedimientos de adjudicación de contratos, el Art. 20.1, de la Directiva 93/38 añade que las entidades contratantes pueden elegir uno de los procedimientos definidos en el Art.1.7, de ésta, a saber, los procedimientos abiertos,

restringidos o negociados, siempre que, salvo lo dispuesto en el Art 20.2, de la Directiva, se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo al Art.21 de la misma Directiva. El Art.20.2, letra f), de dicha Directiva 93/38 establece que las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial, por una parte, cuando dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes o, por otra, cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

Contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, cabe considerar que el Art. 20.2, letras e) y f), de la Directiva 93/38 se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que la entidad adjudicadora debe observar estrictamente las reglas que se ha fijado no sólo durante el procedimiento de adjudicación, sino, con carácter más general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato en cuestión (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 115).

Sobre este particular, el Reino de España no puede sostener que la Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, no es aplicable al caso de autos. Si bien, ciertamente, esta Sentencia se refiere a un procedimiento de adjudicación realizado en el marco de la política agrícola común, el Tribunal de Justicia aplicó en ella principios que había desarrollado en el marco de los litigios relativos a los contratos públicos.

En este contexto, debe señalarse que, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 120).

Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 121).

En segundo lugar, el Reino de España no puede justificar la adjudicación de contratos sin convocar una nueva licitación basándose en el hecho de que cumplió lo dispuesto en los Arts.101, 146, 189 y 212 del T.R.L.C.A.P., relativos a las modificaciones de los contratos de obras, de suministros y de servicios. Ante todo, debe

subrayarse que las únicas excepciones lícitas a la aplicación de la Directiva 93/38 son las que están expresamente mencionadas en ella (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de Febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 89; véanse también, por analogía, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de Noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 43, y de 11 de Mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 45). En segundo término, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta. Los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/38 de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en la citada Directiva ni dotar a los supuestos expresamente previstos por ésta de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de Enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 48, y la jurisprudencia citada). Por último, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de Octubre de 2011, Comisión/Grecia, C-601/10, no publicada en la recopilación, apartado 41, y la jurisprudencia citada). A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de Junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada). El Reino de España tampoco puede sostener que el mecanismo de la modificación de los contratos previsto en los Arts. 101, 146, 189 y 212 del T.R.L.C.A.P., no implica necesariamente un aumento de las prestaciones inicialmente contratadas, sino también una reducción o supresión de éstas. En efecto, consta que las fases de proyectos a que se refiere el presente recurso fueron objeto de contratos adicionales, relativos a suministros, obras o servicios complementarios que no figuraban ni en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el contrato celebrado inicialmente (véanse los considerandos 50, 90, 122 y 131 de la decisión impugnada). Por tanto, la alegación del Reino de España carece de pertinencia en el caso de autos.

En tercer lugar, el Reino de España no puede sostener que la posibilidad de que la entidad adjudicadora se viera obligada a modificar las especificaciones de la prestación contratada era conocida por todos los licitadores en el momento de efectuar su oferta, ya que se recogía en los Pliegos de Condiciones de los diferentes contratos. En efecto, procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra* (apartados 116, 118 y 125), se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones,

puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. Sobre este particular, el Reino de España sostiene que los Pliegos de Condiciones de los contratos de que se trata establecen de forma expresa y clara la posibilidad de que el contrato se modifique, los supuestos en los que procede la modificación y el procedimiento para llevarla a cabo. El Reino de España precisó en la vista, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que el contenido de las cláusulas de los Pliegos de Condiciones de los contratos de que se trata consiste en una remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional y, en particular, al Art. 101 del T.R.L.C.A.P., y, por lo que se refiere a los contratos públicos de obras, suministros y servicios, a los Art. 146, 189 y 212 del T.R.L.C.A.P., respectivamente. En sus escritos, el Reino de España cita, a título de ejemplo, por un lado, la cláusula 25 («Modificaciones del contenido del contrato») del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del expediente ON 004/02 (considerando 136 de la decisión impugnada), que estipulaba que «las modificaciones del contrato solo pueden ser acordadas por el órgano de contratación por razón de interés público y siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente (Art. 101 del T.R.L.C.A.P.)». También indicaba que, «en todo caso, en la modificación del contrato se estaría a lo dispuesto en el Arts. 101.2 y 3 y en el Art. 146 del citado texto refundido». Por otro lado, el Reino de España se remite a la cláusula 24 («Ampliaciones del plazo de ejecución») del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del expediente PC 015/00. Ésta disponía: «El plazo de ejecución de los servicios de consultoría y asistencia objeto del presente contrato, podrá ampliarse por mutuo acuerdo de las partes. En caso de ampliación del plazo de ejecución de las obras objeto de control, como consecuencia de modificaciones o prórrogas autorizadas, la duración del presente contrato se incrementará automáticamente en la misma medida.»

No obstante, es preciso declarar, como hizo la Comisión (considerandos 73 a 75 de la decisión impugnada), que la mera remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional en dichos pliegos no es suficiente para dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y de transparencia, recordados en los apartados 46 a 48 *supra*.

En relación con los ejemplos de cláusulas mencionados por el Reino de España en sus escritos (véase el apartado 65 *supra*), debe subrayarse, por un lado, como señala acertadamente la Comisión, que la cláusula 25 del P.C.A.P., del expediente ON 004/02 permite a la entidad adjudicadora modificar el contrato inicial, ciertamente por razones de interés público motivadas por causas imprevistas, pero también por «necesidades nuevas». Pues bien, el uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación (véanse los apartados 54 y 63 *supra*). Por otra parte, la referencia a los Arts.101.2 y 3, y 146 del T.R.L.C.A.P., tampoco puede garantizar el respeto de los principios antes mencionados, dado que estas disposiciones se refieren, en esencia, a requisitos formales

relativos al procedimiento que debe seguir la entidad adjudicadora para modificar el contrato inicial. Por otro lado, la cláusula 24 del P.C.A.P. del expediente PC 015/00, que prevé la ampliación automática de la duración del contrato de servicios en caso de ampliación del plazo de ejecución de las obras objeto de control, como consecuencia de modificaciones o prórrogas autorizadas, no puede satisfacer los principios recordados en los apartados 46 a 48 *supra*, habida cuenta de su carácter automático. Asimismo, tampoco puede acogerse la alegación del Reino de España según la cual alteró las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, de modo que la modificación del contrato inicial no puede considerarse sustancial. Como se desprende de la jurisprudencia, con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de Octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46; véase, por analogía, la Sentencia Presstext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 60 *supra*, apartado 34). La modificación de un contrato público en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, una modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a obras inicialmente no previstas.

Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial (véase, por analogía, la Sentencia Presstext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 60 *supra*, apartados 35 a 37). En el caso de autos, las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de obras importantes (ejecución de falsos túneles, de un viaducto, profundización de cimientos, refuerzo de las armaduras de los bloques técnicos, ampliación de las obras de desagüe, etc.). Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial. Del conjunto de los elementos que preceden se desprende que debe desestimarse el segundo motivo.

Sobre el tercer motivo, invocado con carácter subsidiario, basado en la existencia de un error de Derecho en la aplicación del Art. 20.2. f), de la Directiva 93/38. Con carácter subsidiario, el Reino de España alega que, si el Tribunal estimase que la modificación de un contrato durante la fase de ejecución de éste debe considerarse equivalente a la contratación de obras adicionales, en el sentido del Art. 20.2.f), de la Directiva 93/38, procedería declarar la nulidad parcial de la Decisión, dado que la «mayor parte» de las prestaciones suplementarias acordadas por las autoridades

españolas sí cumplirían con los requisitos establecidos en dicha disposición, por lo que aquéllas podían adjudicarse por medio del procedimiento negociado sin publicidad.

Sobre este particular, el Reino de España se remite, en primer lugar, a las correcciones financieras basadas en la falta de coordinación entre las Administraciones públicas afectadas [a saber, por un lado, las modificaciones resultantes de las modificaciones realizadas a los planes generales de ordenación urbana (en lo sucesivo, «P.G.O.U.»), y, por otro, las modificaciones derivadas de las solicitudes dirigidas a la entidad adjudicadora por diversas Administraciones públicas], en segundo lugar, a las modificaciones derivadas de otras circunstancias imprevistas surgidas al ejecutar las obras y, en tercer lugar, a las modificaciones de los contratos de servicios. El Reino de España afirma que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las modificaciones llevadas a cabo cumplen el requisito de imprevisibilidad establecido en el Art. 20.2.f), de la Directiva 93/38. A su juicio, además, la interpretación estricta que procede dar a dicha disposición, y que no discute, no puede llevar a privarla por completo de eficacia. Asevera que, por tanto, la Comisión no puede limitarse a formular, respecto de las pruebas y alegaciones presentadas por el Reino de España, objeciones de carácter genérico que no están vinculadas al supuesto concreto, sino que debe aportar pruebas concretas de que la disposición ha sido aplicada erróneamente.

Sobre las alegaciones relativas a la falta de coordinación entre las Administraciones afectadas

Sobre las modificaciones resultantes de los cambios realizados en el P.G.O.U., el Reino de España alega que cinco contratos, mencionados en los considerandos 84, 108, 127 y 136 de la Decisión impugnada, debieron modificarse tras la aprobación por parte de la autoridad municipal competente de un nuevo P.G.O.U. Asevera que, por tanto, las obras adicionales no se debieron en ningún caso a una falta de coordinación entre Administraciones ni a una imprevisión por parte de la entidad adjudicadora. Sostiene el Reino de España que la competencia para adoptar el P.G.O.U., en España, no corresponde al Estado, que ostenta otras competencias que afectan al urbanismo, sino a las Comunidades Autónomas y a los municipios, que tienen personalidad jurídica propia. De este modo, las infraestructuras ferroviarias han de tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea, la cual, una vez aprobada definitivamente por la Comunidad Autónoma competente, reviste un carácter obligatorio para los ciudadanos y la Administración. Cuando las obras ferroviarias de competencia estatal vayan más allá de lo que constituye la ejecución de la infraestructura ferroviaria en sentido estricto, éstas han de acomodarse a las previsiones del planeamiento urbanístico y a sus modificaciones. Así, el planeamiento urbanístico puede afectar a las obras relacionadas con la ejecución de infraestructuras ferroviarias que no sean obras ferroviarias en sentido estricto, aunque sí necesariamente deban ser acometidas al propio tiempo que éstas.

Afirma que, dado que, por un lado, en el momento de elaborar el proyecto inicial, la entidad adjudicadora no podía en modo alguno prever cuáles serían los instrumentos de planeamiento urbanístico que aprobarían los diferentes Ayuntamientos por los que transcurre la traza de la vía, y, por otro lado, que la existencia de un proyecto de obra,

aun en fase de ejecución, no puede ser elemento que condicione de manera definitiva las competencias de los Ayuntamientos competentes a la hora de dar satisfacción a sus necesidades de planeamiento urbanístico, resulta imposible entender que las modificaciones contractuales derivadas de la aprobación de nuevos P.G.O.U., sean producto de la falta de coordinación entre las Administraciones competentes.

Como se ha recordado en el apartado 49 *supra*, se desprende del Art. 20.2.f), de la Directiva 93/38 que una entidad adjudicadora puede recurrir a un procedimiento sin convocatoria de licitación previa, con arreglo a determinados requisitos, para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato. A este respecto, como ya se ha señalado en el apartado 58 *supra*, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta. Además, la carga de la prueba de que las circunstancias excepcionales que justifican la excepción existen realmente recae sobre quien desee invocarlas (véase la Sentencia Comisión/España, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 48, y la jurisprudencia citada). En particular, por lo que respecta a la Directiva 93/38, el Tribunal de Justicia ha aclarado que, en la medida en que una lectura del Art. 20.1 de dicha Directiva, en relación con el apartado 2 del mismo artículo, se desprende que el segundo de dichos apartados constituye una excepción al primero, al prever éste los supuestos en los que una entidad adjudicadora puede recurrir a un procedimiento de adjudicación de contrato sin previa convocatoria de licitación, procede concluir que han de interpretarse de manera estricta todas las disposiciones de dicho Art.20.2 (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de Junio de 2009, Comisión/Grecia, C-250/07, Rec. p. I-4369, apartado 35).

En primer lugar, teniendo en cuenta la jurisprudencia recogida en los apartados 57 a 59 *supra*, el Reino de España no puede fundarse en el hecho de que, en Derecho español, la aprobación del P.G.O.U., sea competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios y que los proyectos de infraestructuras ferroviarias deban tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea para justificar el incumplimiento del Art. 20 de la Directiva 93/38. En relación, por otro lado, con la referencia realizada por el Reino de España al Art. 160.4, e), de la Ley 13/96, de 30 de Diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE nº 315, de 31 de Diciembre de 1996, p. 38974), que se remitía al Art.244 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio de 1992, (BOE nº 156, de 30 de Junio de 1992, p. 22238), es obligado declarar que, según esta última disposición, la administración ferroviaria no precisa de autorización municipal, salvo en los casos en los que sea necesario ejecutar obras públicas que tuviesen asignado el carácter de urgentes o de excepcional interés público que, si no son conformes con los P.G.O.U, justifican el inicio de un procedimiento al que pone fin una resolución del Consejo de Ministros. Ahora bien, el Reino de España no afirma que se haya incoado este procedimiento en el caso de autos.

En segundo lugar, ha de considerarse que incumbía a la entidad adjudicadora, durante la fase de redacción del proyecto, actuar con toda la diligencia requerida, y, concretamente, obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados durante ese período. Ahora bien, es necesario señalar que el Reino de España no aporta prueba alguna de que se hubieran realizado contactos previos a la firma del contrato inicial entre la entidad adjudicadora y los municipios cuyo territorio se vería afectado por las obras que habían de realizarse en el marco de los proyectos de que se trata. Toda vez que, como afirma el Reino de España, los municipios disponen de competencias de gestión y ejecución en materia urbanística, incumbía a la entidad adjudicadora llevar a cabo las actuaciones necesarias para obtener información sobre el P.G.O.U., en vigor en los municipios afectados y las posibles modificaciones que éstos pensaban realizar. En el presente asunto, es necesario declarar que el Reino de España no ha demostrado la existencia de concertación alguna antes de la publicación del anuncio de licitación. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar que el Reino de España no ha demostrado que las modificaciones controvertidas se debieran a circunstancias imprevistas en el sentido del Art. 20.2, f, de la Directiva 93/38. Por consiguiente, debe desestimarse la alegación del Reino de España.

Sobre las modificaciones derivadas de las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por diversas Administraciones públicas, el Reino de España alega que diez contratos, mencionados en el considerando 108 de la Decisión impugnada, debieron ser modificados debido a la necesidad de dar satisfacción a las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por parte de distintas Administraciones públicas a consecuencia de los trastornos que la ejecución de la obra ocasiona a los intereses públicos que les corresponde tutelar y ello a pesar de que los proyectos iniciales se sometieron a una evaluación de impacto ambiental. Afirma que las consecuencias prácticas de las grandes obras públicas, y sus consiguientes efectos sobre los intereses públicos afectados, sólo se manifiestan una vez que ha comenzado su ejecución, de manera que la única salida que permite conciliar todos los intereses públicos afectados es la de aplicar la figura de la modificación de los contratos de obra en fase de ejecución. El Reino de España entiende que esta situación no implica, tal como defiende la Comisión, una falta de previsión o diligencia por parte de la entidad adjudicadora, ni la inexistencia de las preceptivas consultas a los posibles interesados.

En primer lugar, como se ha recordado en los apartados 58, 80 y 81 *supra*, el Art.20.2.f, de la Directiva 93/38 ha de interpretarse de manera estricta y la carga de la prueba de la existencia real de las circunstancias excepcionales que justifican la excepción recae sobre quien desee invocarla. En el caso de autos, debe declararse que, en la demanda, el Reino de España se limita a formular un argumento genérico relativo a la necesidad de dar satisfacción a las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por parte de distintas Administraciones públicas. Sin embargo, el Reino de España no profundiza en esta argumentación ni precisa el carácter imprevisto, en el sentido del Art. 20.2, f, de la Directiva 93/38, de los trastornos que la ejecución de la obra ocasiona a los intereses públicos que corresponde tutelar a dichas Administraciones.

En segundo lugar, habida cuenta de los principios recordados en los apartados 79 a 81 *supra*, incumbía a la entidad adjudicadora, durante la fase de redacción del proyecto,

actuar con toda la diligencia requerida, y, concretamente, obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados durante ese período.

Pues bien, aunque ciertamente el Reino de España indica que, «en la generalidad de los contratos» controvertidos, los proyectos iniciales fueron sometidos a evaluación de impacto ambiental, no aporta ningún dato que permita demostrar que éstos fueron cuando menos objeto de consulta con los organismos públicos y privados afectados durante la redacción de dichos proyectos. Ante todo, debe señalarse sobre este particular que, como sostiene la Comisión, algunas entidades emitieron dictámenes o cursaron peticiones una vez realizada la publicación de los anuncios de licitación, lo que parece indicar que no fueron consultadas antes de su redacción. Seguidamente, se desprende de un dossier de prensa (Manifiesto de Poblet), remitido a la Comisión por las autoridades españolas, para justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa establecido en el Art. 20,2.f, de la Directiva 93/38, que algunos organismos públicos formularon solicitudes a la entidad adjudicadora en relación con los proyectos controvertidos incluso antes de la publicación de dichos anuncios de licitación. Toda vez que estas solicitudes son anteriores a la publicación y a la adjudicación de los contratos litigiosos, no pueden considerarse circunstancias imprevistas en el sentido del Art. 20.2.f), de la Directiva 93/38. Por último, en lo que atañe a la alegación del Reino de España según la cual, por lo que respecta a dicho manifiesto, «la solicitud formulada por los Ayuntamientos no fue invocada como la causa imprevista que justificó la modificación contractual, sino como una circunstancia más concurrente, [...] [por lo que] la verdadera causa imprevista que determinó la procedencia de acordar la modificación contractual fue el cambio en las condiciones geológicas con respecto a las contempladas en proyecto», procede considerar que el Reino de España no la sustenta en pruebas. Aun suponiendo que el Reino de España se refiera, en este contexto, a la supuesta modificación de las condiciones geológicas a que se refiere la segunda serie de alegaciones del presente motivo (véanse los apartados 96 a 103 *supra*), su alegación debe desestimarse, ya que dichas alegaciones no guardan relación con los contratos mencionados en el apartado 78 de la demanda. Por tanto, la alegación del Reino de España no puede prosperar. Se deduce de las consideraciones anteriores que el Reino de España no ha demostrado que las modificaciones resultantes de las peticiones dirigidas a la entidad adjudicadora por determinadas Administraciones públicas se debieran a circunstancias imprevistas, en el sentido del Art. 20. 2. f), de la Directiva 93/38. Por tanto, no cabe acoger las alegaciones del Reino de España.

Sobre los motivos relativos a las modificaciones derivadas de otras circunstancias imprevistas descubiertas al ejecutar las obras, el Reino de España sostiene que veintiocho contratos, a los que se refieren los considerandos 84, 108, 127 y 136 de la Decisión impugnada, debieron modificarse a consecuencia de «otra serie de circunstancias de diversos tipos, que no pudieron preverse en los correspondientes proyectos iniciales». Además, afirma que cinco contratos, recogidos en el considerando 108 de la Decisión impugnada, debieron modificarse debido a las divergencias entre la calidad del terreno que se esperaba encontrar a la vista de los estudios realizados y la calidad que se manifestó en la realidad una vez que comenzó la ejecución de la obra.

En primer lugar, debe declararse, en relación con los veintiocho contratos mencionados en el apartado anterior, que el Reino de España ni explica ni justifica las

supuestas circunstancias imprevistas que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa, de modo que, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 80 y 81 *supra*, su alegación no puede acogerse.

En segundo lugar, por lo que respecta a los cinco contratos sobre los que versa el considerando 108 de la Decisión impugnada, mencionados igualmente en el apartado 96 *supra*, que debieron modificarse debido a la calidad del terreno, el Reino de España aportó dos informes técnicos, a saber, por un lado, una nota del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, de 9 de Marzo de 2010, (en lo sucesivo, «nota de 9 de Marzo de 2010»), y, por otro, un informe del Instituto y Laboratorio de Geotecnia de la Universidad Técnica de Darmstadt (Alemania) (en lo sucesivo, «informe pericial»). El Reino de España se basa además en el respeto de los requisitos establecidos en la normativa nacional. Sin embargo, como señaló la Comisión, las observaciones contenidas en la nota de 9 de Marzo de 2010 y en el informe pericial son genéricas, no están vinculadas al caso concreto y no permiten demostrar que existieran realmente en el caso de autos circunstancias imprevistas que justificaran la excepción. Por una parte, en relación con la nota de 9 de Marzo de 2010, debe señalarse que da una opinión general sobre los métodos que suele utilizar la entidad adjudicadora en la elaboración de estudios geotécnicos para la realización de proyectos de plataforma ferroviaria. No obstante, como señala acertadamente la Comisión, dicha nota no aporta dato alguno sobre los trabajos de prospecciones y ensayos que se realizaron en los terrenos específicos en los que se proyectaron las obras en cuestión antes de la licitación de los contratos iniciales en causa. Por tanto, no puede demostrar la existencia de las circunstancias imprevistas recogidas en el Art. 20.2.f, de la Directiva 93/38. Por otra parte, por lo que se refiere al informe pericial, ha de señalarse que es un estudio de carácter general acerca de la interacción entre la prospección geotécnica y el «riesgo del terreno» y que su autor se apoya, concretamente, sobre este particular, en su experiencia relativa a proyectos de infraestructuras realizados en Alemania. Sin embargo, el informe pericial no aporta explicaciones sobre las medidas adoptadas por la entidad adjudicadora en el caso de autos, en la fase de redacción del proyecto en cuestión, a fin de minimizar tal riesgo. A este respecto, sin que proceda pronunciarse sobre el grado de diligencia exigida a las entidades adjudicadoras en el marco de proyectos como los del presente asunto, el Reino de España no puede alegar que la nota de 9 de Marzo de 2010, y el informe pericial demuestren que «la técnica empleada por [la entidad adjudicadora] para el diseño del proyecto inicial de los contratos fue absolutamente diligente». En efecto, aun suponiendo que la diligencia con la que haya obrado con carácter general la entidad adjudicadora se derive realmente de dichos documentos, no se ha demostrado que haya actuado realmente con tal diligencia, en relación específicamente con las fases de proyecto controvertidas en el litigio principal. Toda vez que el Reino de España no invoca la menor argumentación que tenga por objeto poner en tela de juicio de manera específica las conclusiones que figuran en el considerando 108 de la Decisión impugnada, no pueden estimarse las alegaciones formuladas en el marco de la presente parte.

b.2.3) Algunas consideraciones del Parlamento Europeo.

La citada Institución, en su Resolución del 18.5.10, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (2009/2175 (INI)-2001/C161 E/06)¹⁰³ al considerar que la crisis económica y financiera que estamos atravesando, pone de relieve la gran importancia que remite la contratación pública, así como la realidad de los casos en las corporaciones municipales. Lamenta, que como consecuencia, de la abundancia excesiva de propuestas de legislación indicativa (por no prever sanciones) presentadas por la Comisión y sus servicios y de la interpretación de la legislación por los Tribunales Europeos, haya dado lugar a un régimen jurídico, complejo y opaco que ocasiona graves problemas jurídicos, sobre todo a los organismos públicos, empresas privadas y proveedores de su servicio de interés general.

Destacan que deban coordinarse mejor las iniciativas europeas en el ámbito de la contratación pública, a fin de no poner en peligro la coherencia con las Directivas, lo cual, ocasionaría problemas jurídicos a los usuarios. Lamenta igualmente la falta de transparencia en la composición del grupo consultivo, así como los resultados de dicho grupo (ACPP) o el papel y las competencias del Comité Consultivo para la apertura de la Contratación Pública (CCO), e insta a la Comisión a que vele por su equilibrio.

Finalmente, pide la Comisión que lleve a cabo una evaluación ex-post de las Directivas de contratación pública, teniendo en cuenta los puntos de vista expresados en el presente informe; espera que esta revisión se efectúe contando con una amplia participación de todas las partes interesadas y en estrecha cooperación con el Parlamento Europeo; Defiende que cualquier recisión tenga en cuenta todo el marco y comprenda la Directiva sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, así como un análisis de las legislaciones nacionales de transposición de la directiva sobre procedimientos de recurso, a fin de impedir una mayor fragmentación de la legislación sobre contratación pública; considera prematuro evaluar los efectos prácticos de esta Directiva, ya que no se ha transpuesto todavía a la legislación de todos los Estados miembros.

b.2.4) Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la U.E. Hacia un mercado europeo más eficiente de la contratación pública.

La Comisión Europea¹⁰⁴, ha editado el Libro Verde de referencia con el ánimo de contribuir a un debate abierto sobre la modernización de la política de contratación pública de la U.E. mediante una amplia consulta pública con el propósito de ajustar esta política a la Estrategia Europea 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado¹⁰⁵.

La estrategia Europea 2020, hace hincapié también en que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y en

¹⁰³ C161 31.5.11 –Págs. E/38 a E/46

¹⁰⁴ Bruselas 27.1.2011- COM (2011) 15 Final.

¹⁰⁵ COM (2010) 2020 final de 03.03.10 y Conclusiones del Consejo del 17.06.10

que los mercados de la contratación pública deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la U.E. Obtener los resultados óptimos de la contratación a través de unos procedimientos eficientes es crucial en el contexto de drásticas limitaciones presupuestarias y dificultades económicas imperantes en muchos Estados miembros de la UE. Ante estos desafíos, se necesita más que nunca un mercado europeo de la contratación pública, operativo y eficiente capaz de cumplir estos ambiciosos objetivos.

Algunas Instituciones de la U.E. como: el Comité de las Regiones¹⁰⁶, el Tribunal de Cuentas y el Comité Económico y Social Europeo han expresado sus inquietudes sobre el tema que nos ocupa. Así, el primero, en dicho Dictamen, se refiere en sus apartados 13,14 y 15, como sigue:

13.- Puede ocurrir que una entidad adjudicadora tenga necesidad de modificar o adaptar su contrato como resultado de las cuestiones planteadas por los licitadores durante el procedimiento de licitación. En caso de que haya un cambio sustancial del contrato, la licitación debe suspenderse temporalmente y debe repetirse el procedimiento. El Comité recomienda por tanto que se cree un método simple para que los poderes adjudicadores puedan modificar su contrato, tal como una rectificación oficial acompañada de una breve prórroga del plazo de presentación de las ofertas.

14.- Durante la fase de ejecución puede ocurrir que el poder adjudicador haya omitido algún aspecto que desee modificar, pero que no puede considerarse un elemento imprevisible y necesario. El Comité considera por tanto que sería conveniente flexibilizar las disposiciones existentes sobre los ajustes. Cabe pensar en la posibilidad de permitir adjudicar al adjudicatario original un determinado porcentaje del contrato en concepto de ajustes sin que sea necesario que se cumplan las condiciones del Art. 31 de la Directiva.

15.- El Comité pide a la Comisión que en la nueva Directiva los contratos marco se regulen con mucha mayor flexibilidad. Considera que los contratos marco deben regularse de la misma manera que en la Directiva <<servicios públicos>>. La duración máxima del contrato, así como el hecho de que en un contrato marco solo puedan tenerse excepcionalmente dos proveedores son disposiciones innecesarias que deben eliminarse.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas Europeo, ha manifestado la copiosa existencia de “problemas recurrentes de incumplimiento” tal y como, entre otros: “adjudicación directa de obras o servicios adicionales más allá de los límites fijados por los Directivos¹⁰⁷”.

Asimismo, manifiesta en los apartados 2, 9, 11 y 12 de dicho Dictamen 4/2011, otros aspectos relacionados con el tema que nos ocupa como sigue:

2.- El Tribunal señala que la Comisión es consciente de que los diversos objetivos que el Libro Verde propone para la reforma pueden entrar en conflicto, y que estos

¹⁰⁶ D.O.U.E.- C-192/4- 01.07.11 – DICTAMEN – pág. 192/6

¹⁰⁷ D.O.U.E. C-195/2 -02.07.11 – DICTAMEN 4/2011

diferentes objetivos <<se concretan a veces en opciones políticas que pueden apuntar en diferentes direcciones, y que exigirán una elección razonada en una fase posterior>>. A juicio del Tribunal, esta afirmación de la Comisión resulta decisiva para el éxito del proceso iniciado. Considera esencial que la Comisión defina de manera clara y precisa estos objetivos y que después los articule adecuadamente, o incluso, si es posible, que les otorgue un orden de prioridad. Así, el Tribunal observa que la introducción de objetivos nuevos en la política de contratación pública de la U.E, tal y como prevé la estrategia Europa 2020, puede incrementar la complejidad del marco jurídico y crear dificultades añadidas para el logro de otros objetivos fijados por la reforma, como el de dar mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores y a las empresas.

9. El Tribunal considera que el nuevo marco jurídico debería incorporar <<normas>> derivadas de la jurisprudencia de la U.E., ya que de hecho muchas de las propuestas del Libro Verde proceden de Sentencias del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia de la U.E. El Tribunal considera que los poderes adjudicadores necesitan directrices claras basadas en normas fácilmente accesibles para todos. Para ellos, es necesario llevar a cabo análisis como el que realizó la Comisión antes de incorporar al corpus legislativo <<normas>> de contratación pública derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

11.- El Tribunal considera que las opciones entre los distintos procedimientos establecidos en las Directivas son en términos generales satisfactorias. Es importante evitar aquellos procedimientos que puedan inducir a discriminación, menor transparencia, o que vayan en detrimento del principio de la competencia leal y efectiva.

En este sentido, resulta evidente que los procedimientos acelerados y el posible uso generalizado del procedimiento negociado entrañan riesgos que pueden requerir un esfuerzo desproporcionado para su control. Por otra parte, es importante que en la elección de un procedimiento de adjudicación de contratos se tengan en cuenta la estructura de la oferta y las características del mercado. Así, puede que no sea adecuado el recurso al procedimiento abierto cuando la competencia esté reducida de facto por varios motivos (especificaciones técnicas, derechos de exclusividad, acuerdos necesarios, estructura de los mercados de determinados productos, situación del mercado local, etc.).

12.- A juicio del Tribunal, el Libro Verde señala acertadamente algunas lagunas del marco jurídico que pueden suponer un riesgo para la seguridad jurídica, especialmente en la fase de ejecución del contrato. El Tribunal considera que deberían introducirse en el marco normativo de la U.E., precisiones basadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para regular los casos de <<modificaciones sustanciales>> de un contrato durante su período de validez, así como los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos. En dichos casos, no obstante, cuando haya que organizar un nuevo procedimiento de licitación, no existe ningún motivo que justifique que este tenga que ser más flexible. Las normas de contratación deberían permitir a los poderes adjudicadores limitar hasta un determinado nivel la posibilidad de subcontratar para evitar las dificultades jurídicas y prácticas que pueden surgir cuando gran parte o la totalidad del contrato es ejecutado por subcontratistas.

Nuestro texto en cuestión: “Libro Verde – 2011”, aborda el tema harto interesante respecto a que: “la Directivas actuales no regulan la ejecución del contrato”

En concreto, se refiere a las “Modificaciones sustanciales” que según la jurisprudencia del T.J.C.E., la modificación de las disposiciones de un contrato público durante la validez del mismo, exige un nuevo procedimiento de adjudicación, si introduce diferencias sustanciales con respecto al contrato original¹⁰⁸.

Se consideran de tales características cuando introducen condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la selección de otras ofertas, si amplían el contrato en gran medida o si modifican su equilibrio económico¹⁰⁹.

Sin embargo, los poderes adjudicadores han indicado que, para determinados tipos de modificaciones, la jurisprudencia no resulta suficientemente clara en cuanto a determinar si es necesario un nuevo procedimiento de licitación¹¹⁰

En relación a lo anterior, el Asunto C-454/06, La Sala Tercera trae causa en una petición prejudicial planteada por el BUNDESVERGABEAMT (Austria) y en ella se precisan varios supuestos de alteraciones de elementos del contrato, modificaciones, que no suponen una nueva adjudicación, y, por tanto, no se exige publicidad y concurrencia.

Finalmente, el Comité Económico y Social Europeo¹¹¹ en su Dictamen de fecha 7 de Julio de 2011, se refiere, a que “Una Transposición correcta a la legislación Nacional es cuestión fundamentalmente espinosa a la que se debió haber prestado especial atención en el Libro Verde. Son pocos los Estados Miembros que llevan a cabo una transposición correcta. Una aplicación correcta redundaría en beneficio de todas las partes interesadas.

La sobre regulación no solo aumenta la carga administrativa y burocrática, sino que levanta obstáculos innecesarios”

Tampoco, en el Libro Verde se examina ni la necesidad de una profesionalidad satisfactoria ni la aversión al riesgo de las autoridades públicas, lo cual, en opinión del C.E.S.E., representa una importante laguna. La profesionalización es un aspecto fundamental a la hora de fomentar la innovación. Deberían elaborarse programas de formación para compradores en los Estados miembros. El comité aboga por evaluaciones comparativas y el intercambio de buenas prácticas.

El C.E.S.E., insta a la Comisión a que clarifique en la Directiva las circunstancias en que el poder adjudicador puede adjudicar directamente un contrato a una entidad sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios departamentos internos.

¹⁰⁸ Véanse las Sentencias de 5.10.2000, en el Asunto C-337/98, Comisión/Francia, apartados 44 y 46; de 19.6.2008, en el asunto C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, apartados 34-37; y de 13.4.2010 en el asunto C-91/08, Wall AG, apartado 37

¹⁰⁹ Bruselas 27.1.11 – COM (2011) 15 final – Apartado 2.5: Interrogantes acerca de la ejecución del contrato- Pág. 26 a 29.

¹¹⁰ Sentencia TIE- 19.06.08- Presstext Nachrichtenagentru GMBH – Asunto C-454/06

¹¹¹ Dictamen INT/570-CESE 882/2011fin EN-IRM/GL/MC/CA/MC- Mercado Europeo apartado 4.11 pág. 9

El C.E.S.E., pide que se modifique la Directiva de modo que se exponga las condiciones que deben cumplirse para estar exento de sus requisitos.

Y por último, insta a que los procedimientos para penalizar y excluir a licitadores con arreglo al artículo sobre las ofertas anormalmente bajas deberían ser menos complejos, especialmente por lo que se refiere al cumplimiento de la protección del empleo y de las condiciones laborales vigentes.

b.3) Ampliación del ámbito de aplicación a todos los contratos del sector público.

La doctrina¹¹² explica que la L.E.S., viene a establecer el régimen de la modificación del contrato sobre las siguientes claves: 1ª.- La extensión reguladora del régimen de las modificaciones a todos los contratos del sector público, no solamente a los celebrados por las Administraciones Públicas. Para ello incluye la regulación de la modificación del contrato en el Libro I de la L.C.S.P., que se aplica a todos los entes que conforman el sector público, y se da nueva redacción al Art. 20.2, que queda redactado como sigue: «2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado. No obstante, serán de aplicación a estos

¹¹² Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit. GARCÉS SANAGUSTÍN, M, apunta que la principal novedad, *prima facie*, es la extensión regulatoria del régimen de las modificaciones a todos los contratos del sector público, no solamente a los celebrados por las Administraciones Públicas, lo que representa un acierto incontestable de la reforma proyectada. Hay que considerar que estos preceptos se residencian en un Libro de la Ley que se aplica a todos los entes del sector público y que, en su literalidad, los propios Art. se refieren expresamente a los contratos del sector público. Esta iniciativa se inserta derechamente en la obligación de ajustar la licitación a los principios de la contratación pública europea (conurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia), ya que la modificación de los contratos ha sido y es una fuente permanente de quebrantamiento de las condiciones originales de adjudicación de los contratos. Como quiera que hasta ahora la previsión normativa sobre modificación de los contratos recaía exclusivamente en los contratos administrativos, podía entenderse que existía una laguna jurídica en los contratos privados que, por mor de la división de espacios jurídicos, quedaban sujetos a las previsiones privatistas que en su caso fueran aplicables. Con todo, los Arts.1, 175 y 176 de la L.C.S.P. condicionaban la aplicación de las reglas particulares sobre modificación de los contratos privados a que no se perturbasen las reglas y principios generales de la contratación pública. En particular, la incertidumbre generada por la existencia de modificados en los contratos de obra ha provocado importantes problemas de intelección con la Comisión de la Unión Europea a cuenta de la elegibilidad del gasto certificado con ocasión de los mismos, toda vez que existían dudas razonables en un número no escaso de supuestos acerca de la procedencia de este incidente de ejecución contractual. BELTRÁN GÓMEZ, A.I, en su trabajo “La transparencia en la modificación de los contratos públicos” apunta que la normativa sobre modificación de los contratos pasa a ser de aplicación a los contratos privados, esto es, a aquellos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (Art. 20 T.R.L.C.S.P). Anteriormente solo era de aplicación obligatoria a los contratos que celebraran las Administraciones Públicas (contratos administrativos). En cualquier caso, el orden jurisdiccional civil seguirá siendo el competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes en relación a la modificación de estos contratos privados (Art. 21.2 T.R.L.C.S.P). (Nota: El Art. 20 T.R.L.C.S.P. define también como privados determinados contratos, -ninguno de ellos de obra-, celebrados por una Administración Pública).

contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos». Se afirma que sin duda esta novedad es un acierto, carece de sentido que el régimen de modificación de los contratos privados que celebren los entes del sector público, sea diferente al de los contratos administrativos. Sobre todo, si se considera desde la perspectiva que apunta a la modificación de los contratos como una de las mayores amenazas para los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados, aunque, no es menos cierto, que de los Arts. 175 y 176 L.C.S.P., podía entenderse que las reglas particulares sobre modificación de los contratos privados no podían desconocer las reglas y principios generales de la contratación pública. En cualquier caso, a partir de ahora, ya no puede sostenerse que, al tratarse de contratos sometidos a las reglas del Derecho privado, no existen límites para la modificación de los mismos. Se apunta, por algún autor¹¹³, que esta nueva regulación supone eliminar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de AA.PP., pero que son poderes adjudicadores, para hacer inaplicables algunas normas de la contratación administrativa, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos que se sometían al Derecho Civil. Sin embargo, es el orden jurisdiccional civil quien va a seguir conociendo de las controversias que surjan entre las partes, en relación con la modificación de estos contratos privados, aunque se rijan por la L.C.S.P, ya que, la Ley 2/2011, no ha modificado lo previsto en el Art. 21.2 L.C.S.P; siguiendo el esquema tradicional de la doctrina de los actos separables. Finalmente, debería haberse aclarado, dicho o puesto de manifiesto, que las modificaciones de los contratos privados del sector público, también deben responder a razones de interés público; con la misma rotundidad que, en el Art. 202.1 L.C.S.P., se afirma para los contratos administrativos.

El Consejo de Estado en su Dictamen nº 215/2010, relativo al anteproyecto de la L.E.S., apunta que la memoria del análisis de impacto normativo subraya que la reforma "supone restringir la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados", restricciones que "se aplican a todos los contratos del sector público", al contrario que la regulación actual, sólo aplicable a los celebrados por las Administraciones Públicas. Por tanto el régimen de modificación contractual contenido en el futuro Título V del Libro I de la L.C.S.P resulta aplicable a todos los contratos incluidos en su ámbito objetivo de aplicación y no solamente a los contratos administrativos. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el Art. 20.2, de dicha norma, los contratos privados sólo se rigen por la misma en cuanto a su preparación y adjudicación, mientras que se aplica el Derecho civil en cuanto a sus efectos y extinción. Para evitar antinomias legales, tendría que reformarse precepto citado, precisándose que los contratos privados también se rigen por la L.C.S.P., en lo que atañe a su modificación. En relación con esta misma materia, conviene asimismo llamar la atención sobre el hecho de que, en virtud del Art. 21.2 de la L.C.S.P., reflejo de la doctrina de los actos separables, se encomienda al orden jurisdiccional civil el conocimiento de las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, lo que, ha de entenderse, comprende la modificación contractual. Debe valorarse si conviene mantener invariado

¹¹³VAZQUEZ MATILLA J. (2010): "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de Ley de Economías Sostenible". *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Número 37.

dicho precepto, atribuyendo al orden civil las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados, aunque se rijan por la L.C.S.P., o reformarlo para arrogar tal competencia al orden contencioso-administrativo dado la aplicación preferente de la legislación pública de contratos.

b.4) Aspectos de Derecho transitorio¹¹⁴.

En relación con la Ley 2/2011 en la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público se afirma que la Ley 2/2011, de 4 de Enero, de Economía Sostenible, se explica que al régimen de derecho transitorio de la reforma de la L.C.S.P., en materia de modificación de contratos, efectuada por la L.E.S., este último texto legal dedica su disposición transitoria séptima. A la vista de este precepto, han de hacerse las siguientes consideraciones:

1) Aunque la disposición transitoria transcrita no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la L.C.S.P., libro que lleva por rúbrica la de "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos".

2) El criterio correcto, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que

¹¹⁴Véase también, sobre el T.R.L.C.A.P., el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de Junio de 2011. Número de expediente: 972/2011 (MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO). Referencia: 972/2011. Asunto: Proyecto 12/08, modificado nº 3 del de recrecimiento del embalse de Yesa sobre el río Aragón, adenda con medidas correctoras del impacto ambiental y plan de restitución territorial de su entorno, términos municipales de Yesa y otros (Navarra y Zaragoza) y el Consejo de Estado: Dictámenes de 21 de Junio de 2007, Número de expediente: 1126/2007 (EDUCACIÓN Y CIENCIA) Referencia: 1126/2007. Asunto: Expediente relativo a la tercera modificación del contrato de "Redacción, dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Submarinas de Cartagena (Murcia)", donde se señala que es reiterada la doctrina de este Consejo de Estado (Dictámenes números 2383/2003, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 1077/2002, 527/2000 y 3437/99, entre otros muchos) que sostiene que la norma aplicable al procedimiento de modificación de un contrato y a la competencia del órgano es la vigente cuando se inicia el expediente de modificación. Con respecto a la Ley 30/2007, ver Dictamen nº. 222/2010, de 14 de Octubre, Consejo Consultivo Castilla-La Mancha. Expediente relativo a modificación nº 2 del contrato administrativo de obras para la ampliación y reforma del Hospital H, se examinó un contrato cuya modificación se pretende fue adjudicado con fecha 20 de Julio de 2005, encontrándose entonces en vigor el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante T.R.L.C.A.P.), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, la normativa aplicable al fondo de la modificación contractual proyectada será la recogida en este último cuerpo legal. Sin perjuicio de lo anterior es doctrina del Consejo de Estado (valgan por todos los dictámenes 1126/2007, de 21 de Junio, y 2383/2003, de 24 de Julio) que "la norma aplicable al procedimiento de modificación de un contrato y a la competencia del órgano es la vigente cuando se inicia el procedimiento de modificación". En el presente caso el expediente de modificación planteado se inició con la propuesta del Jefe de Área de Infraestructuras, Equipamientos y Suministros de 16 de Junio de 2010, fecha está en que se encontraba en vigor la citada Ley 30/2007, por lo que será este último texto legal el referente normativo a atender en lo concerniente a aspectos procedimentales.

actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea y, como se ha dicho, su implantación venía motivada por el desajuste del Derecho español al Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la L.C.S.P., sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la L.C.A.P., aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio). Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la L.E.S es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la L.E.S.

3) La disposición transitoria séptima de la L.E.S., se refiere a los contratos administrativos, por lo que se plantea la cuestión de determinar cuál sea el régimen transitorio aplicable a los contratos privados de la Administración del Estado y a los contratos de las entidades públicas empresariales sociedades mercantiles del Estado y fundaciones del sector público estatal. Debe entenderse que respecto de estos contratos rige también la misma norma que establece la disposición transitoria séptima de la L.E.S., y ello por dos razones. En primer lugar, porque siendo el régimen de modificación del contrato el mismo para los contratos administrativos y para los contratos privados de la Administración del Estado (y los contratos de los entes del sector público estatal que no tienen la condición de Administración Pública), no tendría sentido que existiese un régimen transitorio para los primeros y otro régimen transitorio distinto para los segundos. En segundo lugar, porque, apreciándose una laguna legal, ésta ha de colmarse mediante la aplicación de una norma supletoria; pues bien, teniendo carácter de norma supletoria a estos efectos la regla que resulta de la disposición transitoria séptima de la L.E.S., así como también las reglas que establecen las disposiciones transitorias del C. Civil, es más próxima o cercana a la materia de que se trata la regla que resulta de la disposición transitoria séptima de la L.E.S.

4) El artículo 76.1, párrafo último, de la L.C.S.P establece, en su nueva redacción, que "en el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el Art 92 *ter*, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas". Dada esta regla, y tratándose de expedientes de contratación que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la L.E.S., debe entenderse que si se pretende introducir en el pliego la posibilidad de modificar el contrato sería necesario retrotraer las actuaciones, ya que el cálculo de valor estimado que exige el precepto transcrito se sitúa en la fase inicial del expediente de contratación. De no introducirse en el pliego la posibilidad de modificar el contrato, no sería necesario, obviamente, retrotraer las actuaciones, si bien la modificación en tal caso únicamente sería posible si se diese alguno de los supuestos establecidos en el Art. 92.1 *quáter*.

También es muy interesante un Informe de la J.C.C.A., dictado al hilo de una solicitud presentada por el Rector de la Universidad de Zaragoza sobre la aplicación del nuevo régimen de los modificados de los contratos públicos contenido en la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, a los contratos adjudicados antes de su entrada

en vigor¹¹⁵. La cuestión que se suscita a la J.C.C.A., por la Universidad de Zaragoza era la relativa a la aplicabilidad de la nueva regulación de los modificados de los contratos públicos contenida entonces en el Libro I de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, L.C.S.P. e introducida por L.E.S a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (6 de Marzo de 2011). Como se señala en el escrito de petición, el tenor literal de la Disposición Transitoria Séptima de la L.E.S., es el siguiente: «Disposición Transitoria Séptima. Contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley. Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de L.C.S.P., que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior». Este régimen transitorio había suscitado hasta la fecha dos problemas de interpretación: El primero — que planteaba entonces la Universidad de Zaragoza — relativo a si el nuevo régimen de los modificados seguía encajando aspectos anteriormente regulados en el Libro IV L.C.S.P., destinado a los «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos» y, por tanto, no se aplicaba a los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor. El segundo, (de menor trascendencia práctica, considerando los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma), consistía en determinar cuál era el régimen de modificación aplicable a los expedientes de contratación iniciados —pero no adjudicados— antes de la entrada en vigor de la L.E.S., al no establecer la misma ninguna disposición en relación con los mismos, tal como hacía la L.C.S.P en su Disposición Transitoria Primera, apartado primero. Explica la J.C.C.A., que ambos problemas ya habían sido analizados por otros órganos consultivos, el primero por la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de Abril, sobre «Régimen de modificación de los Contratos Públicos», y el segundo por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Recomendación 1/2011, de 29 de Marzo. A juicio de la J.C.C.A., la conclusión de que la normativa aplicable al eventual modificado de un contrato debía ser la vigente cuando se celebró el mismo, no impedía que dicha normativa pudiese y debiese ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el Art. 31.4 de la misma— y tal y como había interpretado el T.J.C.E., en Sentencia de 29 de Abril de 2004 (Succhi di frutta), en la que se concluía que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución. Esta fue ya, por otra parte, la interpretación mantenida por la J.C.C.A en su Informe 3/2009, de 15 de Abril, emitido antes del inicio de la tramitación de la reforma legal, y cuyas conclusiones generales se daban por reproducidas en el informe de Aragón, en especial las relativas a las condiciones para que el modificado se atuviese a la legalidad comunitaria. Respecto del segundo de los problemas interpretativos, señalaba la J.C.C.A., únicamente que se compartían los argumentos y conclusiones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el sentido de que la laguna existente en la Disposición Transitoria Séptima de la L.E.S., se debía suplir con los criterios contenidos

¹¹⁵ Ver, Informe 23/2011, de 12 de Septiembre, de la J.C.C.A, de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible.

en Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la L.C.S.P.¹¹⁶. Finalmente se puede hacer referencia a un reciente informe de 2012 sobre el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se afirma que sobre el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos adjudicados conforme a la L.C.S.P., con anterioridad a la entrada en vigor de la L.E.S., se ha pronunciado esta Junta en varias ocasiones, en concreto en los Informes 3/2009 y 23 y 27/2011. En el informe 23/2011, de 12 de Septiembre, relativo a las «Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible», se planteaba la aplicabilidad del nuevo régimen de los modificados surgido de la L.E.S., y concluía que de acuerdo con la Disposición Transitoria Séptima de la misma, la normativa aplicable debe ser la vigente cuando se celebró el contrato, pero ello «no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el Art. 31.4 de la misma— y tal y como ha interpretado el T.J.C.E., en Sentencia de 29 de Abril de 2004 (Socchi di frutta), en la que se concluye que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución». Asimismo, para un supuesto similar al que es objeto de consulta, es decir un contrato que se celebró estando vigente la regulación de los modificados con anterioridad a la reforma efectuada por la L.E.S., el informe 27/2011, indicaba: «En todo caso, como ya se pusiera de relieve en nuestro Informe 3/2009, de 15 de Abril, y se reiterara en el 23/2011 citado, conviene advertir que la regulación de la potestad de *ius variandi* debe realizarse necesariamente a la luz de los principios y reglas del derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas por el T.J.U.E., (y las que obedece la reforma de la L.E.S., que entraba en vigor el 6 de Marzo de 2011), y que conducen a una interpretación restrictiva de esta práctica. En modo alguno puede obviarse tampoco que el régimen actualmente vigente sobre los modificados es más restrictivo —por exigencias del derecho comunitario—, y que ésta nueva regulación debe servir de parámetro interpretativo, en todo caso». Por lo tanto, la normativa aplicable a los modificados de los contratos debe de ser la vigente en el momento de celebración del contrato, en el supuesto que nos ocupa la L.C.S.P en su versión anterior a la reforma operada por la L.E.S, pero interpretada en coherencia con la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia comunitaria, y sin olvidar que el nuevo régimen incorporado por la L.E.S, aunque no directamente aplicable, debe servir también como referencia.

¹¹⁶COLÁS TENAS, J, op.cit, destaca que “la L.E.S., no establece ninguna previsión de régimen transitorio en relación con los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor, se refiere únicamente a los contratos que hayan sido adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor. La interpretación más generalizada, es que deben aplicarse, para determinar el régimen transitorio, los criterios de contenidos en la disposición transitoria primera, apartado primero, de la Ley 30/2007. Aplicando la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, hay que entender que los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley serán aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley; en los procedimientos negociados sin publicidad, se tomará en cuenta para entenderlos iniciados la fecha de aprobación de los pliegos. En consecuencia, los expedientes de contratación, en los que aún no se hubiera abierto la fase de licitación, deberían adaptar sus previsiones a la L.C.S.P reformada, incorporando el régimen que prevé la Ley 2/2011. En este sentido se pronuncia la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Recomendación 1/2011, de 29 de Marzo”.

IV.- EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 16/11/2011.

1. Introducción.

Dentro del Libro I, sobre configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, encontramos el Título V dedicado a la modificación de los contratos.

El nuevo texto a través del Real Decreto Legislativo 3/2011 del 16/11 sobre los Contratos del Sector Público, procede a recomponerse numéricamente, además de ofrecer una nueva redacción de determinados preceptos con motivo de la promulgación de distintas Leyes.

Aparentemente, es una reforma importante que pretende incrementar transparencia en las contrataciones, eficiencia en las asignaciones y en definitiva, acercar posturas con la U.E., pero nos preocupa que la vigencia de este nuevo Texto Refundido no parece que vaya a ser extensa, si es que, como parece, a corto-medio plazo se comienzan a aprobar, como se espera, nuevas directivas comunitarias sobre contratación de obras, servicios y suministros.

Sin duda, a juicio del Doctorando, el R.D.L 3/2011, supone un texto clarificador sobre una ley relativamente reciente como la Ley 30/2007, sujeta hasta la fecha a bastantes modificaciones, y aún incorporando dicho R.D.L. determinadas mejoras técnicas, probablemente, aún no hemos recorrido todavía totalmente el “trecho Jurídico” que nos separa de la filosofía comunitaria y ello, sin profundizar suficientemente en la corrección de los ya conocidos problemas derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas¹¹⁷.

Probablemente, y aún valorando el riesgo que ello conlleva, soy de la opinión, que en ningún caso lo próximo que se legisle sobre el tema consistirá en un *numerus clausus*, es decir, en ningún momento se podrá interpretar en el sentido de admitir modificaciones una vez formalizado el contrato, viéndose sujeto el uso del modificado a situaciones excepcionales, si fuera de menester.

DOMÍNGUEZ OLIVERA, R¹¹⁸, explica que con la entrada en vigor del nuevo Título V del Libro I, el 6 de Abril de 2011, la Comisión Europea archivó el procedimiento de infracción que, sobre el régimen de modificación de los contratos, había iniciado contra España. La carta de emplazamiento decía que, <<las modificaciones del contrato deben atenerse a las condiciones esenciales para su adjudicación y no... a las condiciones del contrato... las condiciones esenciales del contrato pueden diferir de las condiciones esenciales para la adjudicación del contrato>> [C (2008)1456].

¹¹⁷ Ver, LOPEZ-CONTRERAS y MESTRE DELGADO, J.F: “Contratos Públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejoras”, Instituto de empresa y Cátedra jurídica del Centro PwC&IF del sector público, Madrid, 2006, pág.159.

¹¹⁸ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R, op.cit.

2. Contratos de obras.

2.1. Introducción.

El contrato de obras consiste como advierte el Art.6.1 del R.D.L., 3/2011, en la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados, entendiéndose por <<obra>>, como aclara el segundo apartado de dicho precepto, el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble. Piedra angular de este contrato es el proyecto de obras y su replanteo, cuestión que viene recogida en los Arts.121 y ss. del citado texto legal.¹¹⁹ Como dice el Art.121 “en los términos previstos en esta Ley, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato”. La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica. En el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de ésta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación¹²⁰.

¹¹⁹ Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V: “Diccionario de obras públicas y bienes públicos”, Madrid, Iustel, 2007.

¹²⁰ Art. 122. Clasificación de las obras. 1. A los efectos de elaboración de los proyectos se clasificarán las obras, según su objeto y naturaleza, en los grupos siguientes: Obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación. Obras de reparación simple, restauración o rehabilitación. Obras de conservación y mantenimiento. Obras de demolición. 2. Son obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble. 3. El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente. 4. Se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple. 5. Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación. 6. Son obras de restauración aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad. 7. Son obras de rehabilitación aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad que sea compatible con los elementos y valores originales del inmueble. 8. Son obras de demolición las que tengan por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble. Art. 123. Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración. 1. Los proyectos de obras deberán comprender, al menos: Una memoria en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta. Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución. El pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución. Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración. Un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste. Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra. El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras. Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario. 2. No obstante, para los proyectos de obras de primer

En cuanto al replanteo del proyecto, el Art.126 dispone lo siguiente: “1. Aprobado el proyecto y previamente a la tramitación del expediente de contratación de la obra, se procederá a efectuar el replanteo del mismo, el cual consistirá en comprobar la realidad geométrica de la misma y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal

establecimiento, reforma o gran reparación inferiores a 350.000 €, y para los restantes proyectos enumerados en el Art. anterior, se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos anteriores en la forma que en las normas de desarrollo de esta Ley se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprenda. No obstante, sólo podrá prescindirse de la documentación indicada en la letra g) del apartado anterior en los casos en que así esté previsto en la normativa específica que la regula. 3. Salvo que ello resulte incompatible con la naturaleza de la obra, el proyecto deberá incluir un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que ésta se va a ejecutar, así como los informes y estudios previos necesarios para la mejor determinación del objeto del contrato. 4. Cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en los Arts. 310 a 312. En el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración. 5. Los proyectos deberán sujetarse a las instrucciones técnicas que sean de obligado cumplimiento. Art. 124. Presentación del proyecto por el empresario. 1. La contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y sólo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente: Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra. Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas. 2. En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse. 3. El contratista presentará el proyecto al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuados en el proyecto recibido se requerirá su subsanación del contratista, en los términos del Art. 310, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto. 4. En los casos a que se refiere este Art., la iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente fijarán el importe estimado máximo que el futuro contrato puede alcanzar. No obstante, no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. 5. Cuando se trate de la elaboración de un proyecto de obras singulares de infraestructuras hidráulicas o de transporte cuya entidad o complejidad no permita establecer el importe estimativo de la realización de las obras, la previsión del precio máximo a que se refiere el apartado anterior se limitará exclusivamente al proyecto. La ejecución de la obra quedará supeditada al estudio de la viabilidad de su financiación y a la tramitación del correspondiente expediente de gasto. En el supuesto de que se renunciara a la ejecución de la obra o no se produzca pronunciamiento en un plazo de tres meses, salvo que el pliego de cláusulas estableciera otro mayor, el contratista tendrá derecho al pago del precio del proyecto incrementado en el 5 % como compensación. Art. 125. Supervisión de proyectos. Antes de la aprobación del proyecto, cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350.000 €, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el Art. 123.4. En los proyectos de cuantía inferior a la señalada, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo.

ejecución, que será requisito indispensable para la adjudicación en todos los procedimientos. Asimismo se deberán comprobar cuántos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar. 2. En la tramitación de los expedientes de contratación referentes a obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y de carreteras, se dispensará del requisito previo de disponibilidad de los terrenos, si bien la ocupación efectiva de aquéllos deberá ir precedida de la formalización del acta de ocupación. 3. En los casos de cesión de terrenos o locales por Entidades públicas, será suficiente para acreditar la disponibilidad de los terrenos, la aportación de los acuerdos de cesión y aceptación por los órganos competentes. 4. Una vez realizado el replanteo se incorporará el proyecto al expediente de contratación”.

Si el proyecto y su replanteo¹²¹ son la clave del contrato de obras es lógico que sean también el centro de la problemática de los modificados en el ámbito de dicho contrato. Dicha problemática ha sido explicada de manera magistral por el Consejo de Estado en su Memoria de 1990 con las siguientes palabras:

“no es aventurado afirmar que una gran parte de las anomalías percibidas y de los conflictos surgidos en la fase de ejecución de los contratos son directamente referibles a carencias, insuficiencias o imprevisiones del proyecto. Resultan singularmente llamativos aquellos casos en que los defectos del proyecto, inadvertidos en el replanteo previo, se manifiestan en discrepancias notorias y hasta contradicciones frontales al verificar la comprobación del replanteo, dando lugar a reservas del contratista e, incluso, a la calificación negativa sobre la viabilidad del proyecto. La no iniciación de la ejecución de las obras en tales casos o la autorización para iniciarlas con alcance parcial o condicionado pueden constituir la consecuencia obligada o práctica en el plano jurídico de la relación contractual, pero con la posibilidad de que se sigan daños para la Administración y perjuicios para el servicio público consiguientes al inicial incumplimiento o inadecuada observancia de las previsiones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones preparatorias del contrato. En ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias <<normales>> propias de la ejecución de un contrato, cuanto inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de

¹²¹BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit, sobre la COMPROBACIÓN DEL REPLANTEO. El primer paso de la ejecución del contrato es la comprobación del replanteo: una reunión entre los técnicos de la Administración y el contratista de la que se levanta acta en la que consta que el proyecto es ejecutable, que los terrenos están disponibles y si hay alguna anomalía que retrase, dificulte o impida la obra. Este es el momento en el que el contratista debe hacer constar cualquier anomalía. ¿Qué hacemos si al comprobar el replanteo vemos una anomalía grave? Imaginaos que habéis ganado un concurso y os han adjudicado la remodelación de una calle. El proyecto dice que agua, gas, teléfono y electricidad pasan bajo las aceras y que disponéis de espacio suficiente para renovar el alcantarillado que va por el centro de la calle. Vosotros comprobáis que el proyecto está equivocado: los servicios no van bajo la acera, tienen un trazado anárquico, cada uno por su lado y haciendo zig-zag. Eso os impide renovar el alcantarillado si no se cambia antes el trazado de los servicios y eso no está previsto en el proyecto. Ante ese problema debéis hacer constar la anomalía y la imposibilidad de ejecutar la obra si no se modifica el proyecto cambiando los servicios. Si os insisten en que tenéis que empezar la obra tenéis dos opciones: A) negaros, en cuyo caso conviene que os hagáis hacer un informe técnico justificativo de la imposibilidad y presentarlo por registro para dar pie luego a la resolución del contrato con indemnización de daños; B) empezar, en cuyo caso debéis levantar acta notarial e informe técnico en cuanto surja el problema, presentarlo por registro y parar la obra. En cuanto transcurran cuatro meses con la obra parada podréis resolver el contrato con derecho a indemnización.

imprevisiones iniciales. Y es importante dejar establecido de un modo inconcuso, a este respecto, que las licitaciones, las revisiones de precios, las modificaciones del proyecto y las indemnizaciones de daños y perjuicios son prevenciones legales concebidas cada una para su propio fin, en el que se desenvuelven y agotan su virtualidad, sin que quepa admitir la indiferenciada utilización de una u otra al servicio de rectificaciones, compensaciones o, en definitiva, fines distintos de los que les son legal y contractualmente propios. Debe extremarse el celo en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obra; realidad esta última que –sin dar cabida a suspicacias– se produce, a veces, concurriendo con bajas fuertes en la licitación o dando la impresión de que se tienen enfoques parciales (un primer reformado, por ejemplo, que frisa, sin alcanzarlo, con el 20% de adicional y al que siguen ulteriormente otros); enfoques parciales que pueden desvirtuar o, cuando menos, debilitar la eficacia de las garantías que las normas dictadas articulan para modular el *ius variandi* de la Administración e introducir elementos de control, como son los previstos para supuestos de modificaciones que alteren en más del 20% el precio inicial del contrato. Es cierto que se acumulan los sucesivos adicionales por modificación del proyecto para activar dichas garantías y controles; pero es forzoso reconocer que su efectividad, así como el acierto mismo en la valoración de lo que resulte más conveniente para el interés público, pueden verse seria y negativamente afectador por la consideración de modificaciones sucesivas, al menos en relación con lo que supondría la eventual ponderación y en un solo trámite de la modificación completa que pudiera requerir, para la satisfactoria y ejecución de las obras, el proyecto inicialmente aprobado. En cuanto a las diferencias entre modificación del proyecto de obras y modificación del contrato. Puede afirmarse que la práctica administrativa, tradicional y consolidada, ha sido por lo común fiel expresión de la lógica sucesión de fases deducida de la síntesis expuesta: Se sustancia primero la modificación del proyecto (con suspensión total o parcial o sin suspensión de las obras, vistos la naturaleza y el alcance de la modificación pretendida en relación con el calendario de ejecución vigente) y la aprobación técnica del proyecto modificado se convierte en punto de partida y dato para tramitar el expediente de modificación del contrato, de resolución del vínculo contractual o de celebración de un nuevo contrato. En algunos casos singulares, quizá porque ha imperado cierta flexibilidad sobre el estricto modo de proceder indicado (cuando parece, por ejemplo, evidente que la importancia de la modificación hace razonable y beneficioso para el interés público anticipar ya los efectos de la voluntad resolutoria de una o de ambas partes), se han sometido al Consejo de Estado expedientes en que la dualidad de fases aparece difuminada, llegándose incluso a yuxtaponer actuaciones y juicios que son propios del expediente de modificación del proyecto y otros que corresponden al de modificación del contrato.

Esa difuminación se refleja, ocasionalmente, en el propio léxico de los órganos instructores e informantes y puede, desde luego, resultar propiciada porque la Ley y el Reglamento, bajo la rúbrica <<modificación del contrato de obras>>, incluyen la regulación de los supuestos y condiciones en los que la Administración puede ejercitar su *ius variandi* sobre el proyecto, a la vez que la determinación de sus efectos sobre la relación contractual perfeccionada y vigente. El Consejo de Estado considera oportuno, sin embargo, sugerir la conveniencia de restablecer la adecuada secuencia de las actuaciones administrativas: a) Porque sólo una vez aprobada la modificación del

proyecto cabe evaluar y fijar con precisión su transcendencia respecto del contrato, así como, en su caso, los términos de variación de éste; b) Porque la valoración de la necesidad o del interés público que legitima la modificación del proyecto puede resultar distorsionada al simultanearse la ponderación de su incidencia en el contrato; c) Porque la apreciación de ésta y las decisiones pertinentes respecto de la relación contractual son de difícil fundamentación en tanto pende el pronunciamiento administrativo sobre el proyecto mismo”¹²².

¹²²ARIAS RODRÍGUEZ, A, en “Espacio dedicado a la Fiscalización de la gestión de los fondos públicos Modificados y complementarios”, explica lo siguiente: “Estas figuras están de actualidad pero debe diferenciarse la modificación contractual de aquella denominada obra complementaria, que podría separarse de la principal y requiere contratación independiente. Suele citarse la S.T.S. de 7 de Julio de 1998, como delimitadora de ambas, en función de “la posible utilización separada renuevas obras, a su necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales”. No hace falta que recordemos el litigio que España tiene con la Unión Europea por el uso de estas figuras, que dio lugar, el año pasado, a una dura carta de emplazamiento y al correspondiente dictamen motivado, tras escuchar al gobierno español, que no podía usarlas para justificar los fondos europeos. En la normativa que se proyecta, restringirá su uso. El abuso indiscriminado por parte de los poderes adjudicadores españoles de los modificados y la contratación digital de las obras complementarias debe acabarse. Aquí se encuentra el resumen del actual estado de la cuestión. ¿Por qué se producen estas figuras? La I.G.A.E. emitió el 30.10.2009, un interesante informe sobre la futura normativa adaptada a los requerimientos de la UE, que dice textualmente: Por lo que se refiere a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, debe eliminarse la .. (referencia) .. a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto. (..) Por tanto la existencia de errores u omisiones en el proyecto no puede amparar la aprobación de un modificado (como tradicionalmente viene advirtiendo el Consejo de Estado), y ello con independencia de las responsabilidades que en su caso puedan derivarse, así como de si se ha redactado por el propio poder adjudicador o si se ha obtenido a través de un contrato de servicios (que habrá sido objeto de la correspondiente recepción – en el caso de las AA.PP – o comprobación –en el resto de los casos). Además, en el caso de los contratos administrativos de obras, un proyecto se somete a supervisión y a la aprobación por parte del órgano de contratación; en el resto de los contratos de obras del sector público, es razonable suponer que cualquier proyecto, ya sea propio o encargado, deberá sujetarse a similares comprobaciones. Además, en la práctica, la mayoría de los modificados se basan en omisiones y defectos, reales o ficticios, en el proyecto, por lo que consentir que esos defectos permitiesen que el contrato se modificase sería lo mismo que permitir la modificación del contrato a voluntad, pues bastaría licitar un proyecto defectuoso o que se considere después defectuoso para modificar el contrato. Con la nueva redacción que se dará a la L.C.S.P, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando se haya así previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, y siempre dentro del límite del 20% del precio inicial del contrato, en cómputo acumulativo. Y, por supuesto, que no altere las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación. Fuera de esas previsiones, deberá licitarse nuevamente, previa resolución del contrato inicial. Aquí surge el derecho del contratista a ser resarcido, en los mismos términos que en caso de desistimiento de la Administración. También surge la responsabilidad de autor del proyecto por los errores u omisiones en la redacción (Art. 288 L.C.S.P.). En fin, será un proceso duro, al principio, pero tanto el órgano de contratación como los directores de obra acabarán olvidándose de estas prácticas, cómodas pero poco transparentes. Esperamos el pronto envío del proyecto de Ley al Congreso. La verdad es que si antes se comentaba que existía un abuso en ocasiones del uso de la figura de los modificados, ahora el problema es intentar hacer pensar que se modifica menos pero por otro lado se efectúan más obras complementarias. La diferencia entre ambas figuras creo que está clara: necesitaremos efectuar un modificado si no podemos continuar con la ejecución del proyecto conforme a su estado. En cambio, las complementarias serán obras distintas de la principal que aunque relacionadas no son estrictamente necesarias para la ejecución del proyecto conforme estaba previsto”. Por otro lado el diario Cinco Días publica un reportaje que titula Las ingenierías podrán participar en el nuevo fondo de inversión local. En él la patronal de las ingenierías (Tecniberia) como las constructoras, manifiestan estar preocupadas por el aumento imparable de los modificados en las obras: Y aunque el Gobierno ha anunciado que pondrá coto a esta práctica por la que las constructoras pujan a la baja en los concursos y

En todos los contratos, pueden suscitarse modificaciones, bien a través del anuncio de licitación (admitiéndose variante); a la hora de comprobar el replanteo; o bien, como “modificado”, derivarse de la ejecución del contrato. En todos los casos, deben disponer de una relación directa con el objeto del contrato.

Por otro lado, para que se pueda modificar un contrato es necesario que el mismo se encuentre dentro del plazo de ejecución, es decir, en el momento del “replanteo” o bien durante la ejecución de las obras.

No son muchos los éxitos alcanzados capaces de establecer una legislación y método destinados a regular y reducir desde el punto de vista presupuestario, la totalidad de los costes de inversión, ya que en la mayoría de los casos, es dudoso, que realmente lleguen a conocerse. Pero por tradición, la cifra final por este concepto es muy posible que en una media ponderada supere el 50% del importe inicialmente presupuestado, bien, bajo la figura pura del modificado u otras similares utilizadas por la Administración, las cuales tienden a “enmascarar” o “camuflar” modificados de contrato” como veremos más adelante en el capítulo IX.

Es decir, en este punto, nuestro sistema jurídico se ha parecido al inclinarse u optar por: EL MITO DE SÍSIFO¹²³.

Este atribulado personaje de la mitología griega, al igual que Prometeo, hizo enfadar a los dioses por su extraordinaria astucia. Como castigo, fue condenado a perder la vista y empujar durante la eternidad un peñasco gigante montaña arriba hasta la cima, sólo para que volviese a caer rodando hasta el valle, y así indefinidamente.

Como puede observarse “El modificado de obra” a través de su historia, guarda ciertas similitudes con el personaje, (rueda y rueda sin solución real).

luego obtienen el visto bueno a modificados una vez iniciada la obra, Tecniberia asegura que apostar por la ingeniería resolvería los problemas técnicos y presupuestarios que suelen conllevar estas desviaciones. “Tenemos que convencer a la sociedad de la importancia de contar con un proyecto bien hecho”. Las cifras que maneja Tecniberia demuestran que cuanto más se invierte en el diseño de un proyecto, más se reduce el coste de construcción y de mantenimiento posterior de la infraestructura.

Gastar más en diseño minimiza los modificados. Por cada 30.000 millones de € de obra pública, aproximadamente unos 10.000 millones financian modificados. Este es el peso, aproximadamente de un tercio, que tienen los sobrecostes que acompañan a casi todos los proyectos de infraestructuras públicas, según calcula Tecniberia. Según sus estimaciones, si se gastaran 500 millones en ingeniería, (el 1,6% de esos 30.000 millones) se lograría evitar la mitad de los modificados (5.000 millones). En España, se destina de media el 2% del coste total del proyecto a su elaboración, mientras lo habitual es que los países más avanzados dediquen entre el 5% y el 10% del precio de adjudicación. “Es cierto que es un caso extremo, pero lo suficientemente ilustrativo. En un proyecto de hace años de una presa, apenas se gastó e 0,25% en la redacción del proyecto. Pues bien, el coste de la obra se disparó de los 3.000 millones iniciales a más de 13.000”, cuentan en esta patronal. Además de esta mayor inversión inicial, Tecniberia reclama más protagonismo para el ingeniero durante toda la obra y que los concursos no sólo primen la oferta económica. “Se obtendría una mayor calidad. Es algo que deberían plantearse las administraciones”, recalca González Vallvé. “No se trata de gastar más, sino de hacerlo mejor, de una forma más eficiente”, añade. Sobre la reforma que planea Fomento para frenar los modificados, aluden al toque de atención de la UE, diciendo que en algunos casos para hacer el modificado habrá que convocar otro concurso.

¹²³ Le Mythe de Sisyphe. Ensayo filosófico Albert Camus 1942

En este sentido, ha existido una política permisiva sobre la basada y cobijada frase del “interés público”, argumentándose, en la mayoría de las ocasiones, por las propias Administraciones, que la ejecución de obras aprobada, puede ser notablemente mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los contratistas o bien, para reducir plazos.

En consonancia con ello, se establece la posibilidad de que el contrato sea modificado y sus condiciones deberán reconocerse en los pliegos y en el contrato. Al respecto, podrían suscitarse tres supuestos que hicieran lo anterior inviable¹²⁴, cuando no se hubiese previsto la modificación, debiéndose cumplir entonces, los tres requisitos siguientes:

- a) Que las modificaciones respondan a necesidades de interés público.
- b) Que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente.
- c) Que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.

Es decir, prácticamente ha continuado hasta dicha fecha el estancamiento normativo, aunque dicho sea en aras de la rigurosidad, la anterior redacción, a pesar de que sus posteriores nueve modificaciones, supusieron una ruptura con el tradicional criterio de los “modificados” en cuanto a nuevos supuestos se refiere.

Es a partir del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, cuando su recepción se hace más notoria como consecuencia de las obligadas transposiciones de la Directivas Comunitarias a nuestro Derecho Interno.

Serían requisitos materiales y formales según el Art. 106 del R.D.L., 3/2011:

Detallar de forma clara, precisa e inequívoca en el pliego, las condiciones en las que el contrato sería susceptible de modificación.

- Igualmente bajo dichos criterios: alcance y límites de la modificación.
- Indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar la modificación.
- Como requisito formal se exige que en el pliego o el anuncio de licitación se indique el procedimiento a seguir para la “modificación del contrato”.

Casi fiel reflejo de las transposiciones, es la nueva redacción del Art. 105 del mencionado R.D. Legislativo 3/2011, aunque las autoridades Comunitarias continúen oponiéndose, argumentando que su contenido aún laxo, es susceptible de poder ofrecer una menor discrecionalidad en la aplicación de los “Modificados” por parte de las Administraciones.

¹²⁴ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 43/2008 de 28.7.08

Mención especial merece en este punto el cualificado pronunciamiento del Tribunal Supremo que ha admitido lo que podría denominarse: “Inmutabilidad del fin público” y “Mutabilidad del contenido prestacional del contratista”, al señalar que el “interés público” no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato¹²⁵.

Asumiendo que la Mutabilidad del contenido prestacional del Contratista, se encuentra inmerso en el Derecho Administrativo, Mutante por naturaleza, al existir soluciones plurales, ya que el Derecho no son Matemáticas¹²⁶.

Incluso se ha aseverado, que si una coyuntura extraña al propio contrato, cambia, sería posible modificar el mismo, ya que ello en realidad, no excede los límites del ejercicio del *ius variandi*¹²⁷

No obstante lo anterior, y en consonancia con la Doctrina Europea, el ejercicio de esta potestad, debería tener carácter excepcional tal y como señalan diversas Sentencias del Tribunal Supremo¹²⁸: Los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el Art. 1256 del C. Civil relativo a que el cumplimiento de los contratos no puedes quedar al arbitrio de una de las partes.

La doctrina del Consejo de Estado¹²⁹ se refiere: a que “con más frecuencia de lo que sería deseable –y hasta de lo que cabría esperar si fueran mejor atendidas las normas relativas a la elaboración y aprobación de proyectos- se manifiestan o sobrevienen circunstancias determinantes de una o varias modificaciones del proyecto inicial.

Técnica y jurídicamente puede decirse, que el contrato de obras se establece sobre un proyecto aprobado y apto para su ejecución. Si el mismo careciese de la idoneidad adecuada, se establecerían *a posteriori* las oportunas actuaciones administrativas.

Según la experiencia consultiva de dicha Institución, puede afirmarse que la práctica administrativa, tradicional y consolidada, ha sido por lo común fiel expresión de “modificaciones de proyectos”, convirtiéndose éstos, en punto de partida para tramitar el expediente de modificación del contrato, de resolución del vínculo contractual o de celebración de un nuevo contrato.

En algunos momentos, cuando aparenta evidencia que el correspondiente “modificado” acarreará beneficios para el interés público, se han sometido al Consejo de Estado, la yuxtaposición tanto de modificaciones de proyecto, junto a otras que son

¹²⁵ Entre otras, S.T.S. de 01.02.2000 (R.J. 2000,318)

¹²⁶ Frase manifestada por D. Alejandro Nieto, en su lección jubilar pronunciada en la Universidad Complutense, que acuña su visión sobre el discernimiento jurídico: “cuanto más se estudia, mejor se sabe que el Derecho es inseguridad, incertidumbre y pluralidad de soluciones”.

¹²⁷ S.T.S. del 19.02.2008 (R.J. 2008, 1739)

¹²⁸ 30.04.1977;09.10.95;16.04.99

¹²⁹ Memorias del Consejo de Estado: Año 1986 pág. 104 y ss.; Año 1983 pág. 83, 135, 164; Año 1990 pág.149 y ss.; Año 2001 pág. 129 y ss.

propias de la modificación del contrato. Es decir, la dualidad de aspectos, aparece difuminada por los propios órganos instructores e informantes de la entidad convocante, incluyendo la regulación de los supuestos y condiciones en los que la administración puede ejercitar su *ius variandi* sobre el proyecto, a la vez que la determinación de sus efectos sobre la relación contractual perfeccionada y vigente.

El Consejo de Estado considera oportuno, sin embargo, sugerir la conveniencia de restablecer la adecuada secuencia de las actuaciones administrativas: a) Porque sólo una vez aprobado la modificación del proyecto cabe evaluar y fijar con precisión su trascendencia respecto del contrato, así como, en su caso, los términos de variación de este; b) Porque la valoración de la necesidad del interés público que legitima la modificación del proyecto puede resultar distorsionada al simultanearse la ponderación de su incidencia en el contrato; c) Porque la apreciación de ésta y las decisiones pertinentes respecto de la relación contractual son de difícil fundamentación en tanto pende el procedimiento administrativo sobre el proyecto mismo.

Desde que entrase en vigor el 11.06.1886, el primer Pliego de Condiciones, la Administración Pública ha optado inicialmente por inclinarse por adjudicar las obras al ofertante de precio más bajo, aunque ello pudiera ser debido bien, a que la empresa tenga unos costes reducidos, o a que incurra en errores de estimación, pero lo que en realidad suele encerrar dicha actitud, es un comportamiento estratégico del licitador. Es decir, una situación ficticia creada mediante técnicas viciadas o difícilmente detectables, para una vez iniciadas las obras, solicitar las modificaciones pertinentes, apoyándose en el ejercicio de presiones nacidas en la urgencia de la ejecución del Proyecto; dificultades de la anulación de la licitación; convocatoria de otra Mesa, etc.

Por ejemplo, algunas empresas pujan de forma agresiva porque esperan renegociar el contrato *a posteriori* cuando sea demasiado costoso para la Administración reemplazarlos, además de los sobrecostes correspondientes. Es decir, los licitadores presentan con normalidad ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales del precio inicialmente previsto. ¿Por qué esa seguridad?

Contra esta práctica, hay que afirmar que los “modificados de obra” injustificados, no solo dañan al Erario Público por el exceso económico que va a suponer ese contrato, sino que constituyen un fraude al principio de selección objetiva del contratista¹³⁰.

Es tan así, que la Administración Pública, en la mayoría de los casos, ha centrado inicialmente su atención en proponer las adjudicaciones al ofertante de precios más bajos, sin prestar demasiada atención a otras alteraciones y perturbaciones que se suscitarán sin duda en el futuro desarrollo de las obras públicas a licitar.

Supuestos de:

- Alteraciones de las estipulaciones contractuales.

¹³⁰ ARIÑO ORTIZ –Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Madrid 1968, pág. 179-180

- Presupuestos inicialmente limitados.
- Deficiencias en los Proyectos (errores, defectos, omisiones, etc.)

También suelen ser habituales las deficiencias de las que pueda adolecer el Proyecto inicial, que dará lugar indefectiblemente, a distintas apreciaciones entre los redactores del mismo y los que tenga que ejecutarlos. ¿Por qué de nuevo esta técnica?

Conviene aseverar, que los sobrecoste o “modificados” que provengan de una licitación, llevan en sus entrañas bajas previas e inherentes a su precio de adjudicación, principalmente, si es a través de la subasta.

La única garantía posible *a priori*, para la Administración es de que se trate de empresa de renombre y consolidada en el mercado. Probablemente, si la empresa dispone de antecedentes fiables, la entidad convocante obtenga para el “Proyecto, algo más de eficiencia y transparencia, siempre y cuando el proyecto a construir sea lo menos susceptible posible de cambios”.

Lo anterior tiene también su reverso: La posible existencia de sobrecostes proporciona *a priori*, mayores ventajas a las empresas que son mejores en los procesos de negociación bilaterales con la Administración, por lo que en teoría podría ocurrir que no fuese la más eficiente en obtener la adjudicación de la obra.

En esta línea, véase Sentencia del Tribunal Supremo¹³¹ confirmatoria de la realización de unas obras, obligadas por las deficiencias de los que confeccionaron el proyecto de obra... Reconocidas las necesidades de obras adicionales...

Por otro lado, y con la objetividad puesta en el punto de mira, debe igualmente aceptarse, que en el desarrollo de las infraestructuras públicas de un país, tampoco se puede pretender que las obras, como si se trataran de un molde, se extraigan como inicialmente se encontraban previstas, dado que muchos “modificados” resultan difícilmente evitable si se tratan de accidente, expropiaciones, etc.

Y no se puede pretender, y abundamos de nuevo: porque raramente una obra pública ha sido adecuadamente proyectada y posteriormente contratada, razón primordial a la que ya se acogerán posteriores “reformados” o “modificados” que tienden en la mayoría de las ocasiones a restañar situaciones técnicamente deficientes, o bien, por defectos de previsión, de presupuesto inicial, y hasta inclusive por razones políticas.

Así lo reconoce el propio Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos en su publicación¹³² al declarar: que es frecuente posteriormente a la redacción del Proyecto, cambios en el planeamiento, las condiciones ocultas del terreno, las propuestas constructivas del contratista o sencillamente la corrección de errores u omisiones, que

¹³¹ Ver S.T.S. de 22 de Junio de 1982, Ar.3323.

¹³² La participación de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos en las asistencias técnicas de proyectos y direcciones de obra de las Administraciones Públicas-Comisión de consultoría y ejercicio libre-Junio. 2001(Madrid).

sean necesarias para modificar el Proyecto inicial, y que la misma, se lleve a cabo sin conocimientos y consulta al Proyectista autor del mismo.

Según Villar Palasí, un proyecto de obra puede encerrar desde su inicio hasta su ejecución final: modificados, complementarios, adicionales, unidades de obra no previstas, todo ello, fundamentado en “sujeciones imprevistas o implícitas”. Se trata, de no dejar burladas las formalidades propias de la contratación administrativa y los procedimientos de selección de contratistas. Añádase que el punto final no se encontraría en la “selección de contratistas”, sino además en un seguimiento “fiel” del proyecto y ejecución de obras. “Tomando en consideración el concepto de riesgo y ventura, y a tenor del Dictamen del Consejo de Estado N° 36402 del 11 de Diciembre de 1969, no ha de confundirse el que corre el contratista, a sus expensas, de que su previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato, por incidencias acaecidas en el curso de ejecución, caso, enteramente distinto, de que aparezcan nuevos elementos de hecho extraños al contrato que afecten a la relación contractual y alteren su curso”. El ejercicio del denominado *ius variandi* o el llamado igualmente poder exorbitante que ostenta la Administración, especialmente en los contratos de obras, es más bien lo común en la vida del contrato¹³³.

Sus motivos suelen adherirse al “interés público” como presupuesto de hecho habilitante, que debe primar en todo contrato, como punto de referencia de todo quehacer administrativo. Pero ello, ha conllevado siempre riesgos reales que propician fraudes en el principio licitatorio.

Indica Rodrigo Núñez de Munaiz¹³⁴ que cuando la Administración ejerce en este sentido del “interés público”, su poder exorbitante adherido a las conveniencias del servicio público, fin del contrato administrativo, se está efectuando una nueva adjudicación al margen de los principios de publicidad y concurrencia, consagrados en el Derecho Interno y por ende, comunitarios.

A juicio del doctorando en España, tradicionalmente, los éxitos “a través de norma”, para disminuir las importantes desviaciones presupuestarias; incrementar su disciplina económica, así como los intentos por reducir la “niebla legislativa”, que acumulan los llamados Proyectos modificados de Obra, han sido tan escasamente tangibles, como abusiva ha sido la utilización por parte de la Administración Pública de la potestad del *ius variandi*, como defensa del interés público. Es decir, no se ha podido establecer históricamente, un método eficaz que pueda fijar con mediana seguridad, claridad y de antemano, tanto la regulación normativa, como el coste que albergará la construcción de una obra o servicio público, sometidos casi siempre, a criterios endulzantes en un mosaico multicolor de intereses.

¹³³ Ver VILLAR PALASÍ, J.L., “Apuntes de Derecho Administrativo”, Parte General, II, Dykinson, Madrid, 1977, pp.374 y 437 y ss.

¹³⁴ El anteproyecto de Ley de Contratos, del Sector Público- ISSN 1575-5266, N° 66, 3,2006 págs. 5-11 DIALNET (Jefe de la Unidad de Fiscalización de la Contratación. Cámara de Cuentas de la C.A.M)

El recurso “a norma” por parte del legislador como posible elemento conector, surge en España, a finales del siglo XIX, pudiéndose afirmar que han caminado siempre a la retaguardia de la realidad licitatoria de la actualidad.

Debe reconocerse, no obstante, que la adecuación de la norma es difícil, si la comparamos con las incesantes frecuencias cambiantes de las necesidades públicas, dando lugar a inadecuados planteamientos.

En relación a ello, obsérvese, si no, una vez promulgada la L.C.S.P., el Informe 43/2008, de 28 de Julio, de la J.C.C.A., instado por el Interventor General de la Administración del Estado, en consonancia con el susodicho Art. 202 de la L.C.S.P., 30/2007, en demanda de conclusiones en cuanto a dudas emergentes que se suscitan de su lectura, interpretación, o posible aplicación del articulado o conexos.

Naturalmente, no se trataba de un problema nuevo surgido con la extinta L.C.S.P, si no que podría afirmarse, que sobre este asunto, “llueve ya mucho tiempo sobre mojado”, ya que la J.C.C.A., interpretó: que el hecho de recoger en los pliegos y en el contrato la posibilidad de modificar aspectos esenciales del contrato, debería ser admitido como carácter excepcional, entendiéndose únicamente la finalidad que se pretende ampliar.

En contra la postura mantenida por la jurisprudencia del T.J.C.E., en materia de modificaciones contractuales, basada en los principios generales de la contratación pública: igualdad de trato, publicidad, transparencia y concurrencia.

De lo recogido en líneas generales procedentes de los dictámenes del Consejo de Estado¹³⁵, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

¹³⁵ Ver:1 .-Nº EXP.- 1.81/1994- MODIFICACIÓN Nº 1 DE CONTRATO DE OBRAS: “ACONDICIONAMIENTO CN-420 DE CORDOBA A TARRAGONA: VALLE DE ALCUDIA BRAZATORTAS.” La forma de adjudicación fue la subasta con admisión previa y con un presupuesto de adjudicación de de unos Quinientos Millones de ptas. El modificado inicial más la ampliación del mismo alcanzó el 64,6% del Presupuesto de Licitación. El 24.05.94, emite informe la Intervención General, poniendo de manifiesto las anomalías que han presidido el expediente de modificación contractual, por haberse efectuado obras de reforma sin mediar ni la redacción del proyecto ni los informes preceptivos ni la previsión presupuestaria que legitimase el gasto público en cuestión. En este expediente, y según el Consejo de Estado, percibe que las modificaciones aparentes como consecuencia de las diferencias derivadas del proyecto inicialmente aprobado y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderada en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. 2.- Nº.EXP. 1834/1995- MODIFICACIÓN CONTRATO DE OBRAS:” ACONDICIONAMIENTO DE LA N-240 DE TARRAGONA A SAN SEBASTIAN”. La forma de adjudicación fue igualmente la subasta con admisión previa concurriendo en esta ocasión: veintidós empresas. El presupuesto fue en unos quinientos millones de ptas., con una modificación proyectada que comporta un incremento del 61,95%. En el caso presente, se resalta igualmente las deficiencias del proyecto inicialmente aprobado y de circunstancias que deberán ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparativas cumplimentadas en proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. 3.- Nº EXP.- 1041/1992- COMUNIDAD DE MADRID. OBRAS CONSTRUCCIÓN CASA CONSISTORIAL PARLA. El presupuesto originario ascendía a más de Doscientos Sesenta millones de ptas., pasando finalmente, mediante la figura del modificado de obra, a más del doble, es decir a más de Quinientos Veintidós Millones de ptas. La Asesoría Jurídica de la Consejería de Cooperación de la Comunidad de Madrid informó favorablemente el proyecto modificado. En el presente caso, el ámbito de direccionalidad de la Administración para modificar un proyecto de obra, se aplicaron

a) La Administración puede modificar los contratos con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley (Art. 18) y en el Reglamento (Art. 50). Si la modificación afecta al proyecto de las obras, ha de quedar justificado que se produce como consecuencia de nuevas causas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto inicial (Art. 149 del Reglamento).

b) Debe extremarse el celo y rigor en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a las introducciones de varios, sucesivas y parciales reformados de obra: realidad esta última que – sin dar cabida a suspicacias- se produce, en algunas ocasiones, concurriendo con bajas fuertes en la licitación o dando la impresión de que se opera con enfoques parciales (un primer reformado, por ejemplo, que frisa sin alcanzarlo, con el 20 por 100 de adicional y al que siguen ulteriormente otros): enfoques parciales que pueden desvirtuar o, cuando menos, debilitar la eficacia real de las garantías que las normas dictadas articulan para modular el *ius variandi* de la Administración e introducir elementos de control, como son los previstos por supuestos de modificaciones que

sin que dicha discrecionalidad estuviese lo suficientemente fundamentada, pudiéndose defraudar los principios inspiradores de la contratación administrativa, ya que de esta forma actuante, quedaba obviada la debida apertura y tramitación de un nuevo expediente de contratación que tendría su soporte técnico en un nuevo proyecto. Finalmente, el Consejo de Estado dictaminó que no procedía aprobar la modificación del contrato de obra de construcción de la Casa Consistorial de Parla. 4.- N°.EXP. 40/1994 (JUNTA DE ANDALUCIA) PROYECTOS MODIFICADOS OBRAS REHABILITACIÓN: TEATRO DARYMELIA (JAÉN). El pliego fija un precio máximo de la obras de unos Trescientos Millones de ptas., después de superarse una discrepancias económicas iniciales sobre precios previamente conocidos y comparados sobre proyectos similares anteriores. Posteriormente, la Alcaldía de Jaén, aprueba una modificación con un “adicional” que alcanza casi los Cuarenta y Ocho Millones de ptas. La complejidad de las obras y una gran cantidad de partidas que no han podido determinarse previamente, hace que se planteen la existencia de un Modificado II. La suma de los Modificados I y II representan el 72,73% del precio inicial, alcanzando el Modificado I el 55% respecto al precio inicial. Dictamina el Consejo, que en el Modificado I, no se canalizaron como tal, sino como obras accesorias y complementarias, encajando dicho importe dentro del porcentaje del 20% del precio de las obras iniciales. Continúa el Dictamen, indicando que los expedientes de modificaciones contractual no son obviamente las adecuadas para regularizar y dar carta de naturaleza definitiva a modificaciones ya ejecutadas, sino que son, por el contrario, un *prius* de tales alteraciones que solo podrán elevarse a cabo después de haber sido autorizadas a través de un expediente de ese tipo. Concluye el Consejo de Estado que no procede efectuar pronunciamiento alguno a propósito de las obras accesorias y cumplimentarías que fueron objeto del denominado MODIFICADO I. No procede aprobar el Modificado II, debiéndose abonar el importe de los trabajos adicionales que no se hayan realizado. 5.- N°.EXP.- 3371/1996 (FOMENTO) MODIFICADO N° 1 –CONTRATO DE OBRAS: “VARIANTE C.N. 630 DE GIJÓN A SEVILLA” P.K. 415.60 AL 424.00 TRAMO BEJAR (OESTE) PUERTO DE BEJAR (SALAMANCA). Con un presupuesto de Contrata rayando en los dos mil millones de ptas., mediante el sistema de concurso con admisión previa, tuvo en presupuesto de adjudicación de unos mil cuatrocientos millones de ptas. Unos seis meses más tarde de iniciadas las obras, se alegaron por el contratista la “imposibilidad del proyecto” y la suspensión temporal total de las obras, motivada por la inexistencia de material adecuado e inexistencia de volumen, así como inestabilidad de los Taludes. El Cedex confirmó lo anterior, solicitando autorización para la redacción de un Proyecto Modificado que representaría un 36% de aumento sobre el presupuesto de adjudicación quedando finalmente en un 38.03%, porcentaje, ligeramente superior al autorizado por la Secretaria General de Infraestructura del Transporte Terrestre (36%). Vuelve en esta ocasión a reiterar el Alto Órgano consultivo: “que la mayoría de las modificaciones, aun siendo necesarias, son el resultado de las deficiencias advertidas en el proyecto inicialmente aprobado y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración (defectos de medición del proyecto originario; verificaciones del terreno, etc.). El Consejo de Estado, aprobó el correspondiente Modificado nº 1.

alteren en más del 20 por 100 el precio inicial del contrato. Es cierto que se acumulan los sucesivos adicionales por modificación del proyecto para activar dichas garantías y controles; pero es forzoso reconocer que su efectividad, así como el acierto mismo en la valoración de lo que resulte más conveniente para el interés público pueden verse seria y negativamente afectados por la consideración de modificaciones sucesivas, al menos en relación con lo que supondría la eventual consideración y en un solo trámite de la modificación real y completa que pudiera requerir, para la satisfactoria ejecución de las obras, el proyecto inicialmente aprobado¹³⁶.

2.2. Ámbito de aplicación.

El Art.105 prevé los supuestos de modificación de los contratos. De este modo dispone lo siguiente: 1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el Art. 107. En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las

¹³⁶Ver, Dictamen del Consejo de Estado de 6 de Noviembre de 1997. Número de expediente: 4350/1997 (FOMENTO). Referencia: 4350/1997. Asunto: Modificación nº 1 contrato de obras acondicionamiento de C.N.- 420, tramo: Riudecols-Reus, donde se destaca lo siguiente: "Como ya tuvo ocasión de manifestar este Alto Cuerpo Consultivo, en la Memoria de 1990, "a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, como de hecho se produce en el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa". "No es menos claro, sin embargo, que en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias normales propias de la ejecución de un contrato, como inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales". Por este motivo, tanto en la citada Memoria de 1990 y en otras, así como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, advertía el Consejo de Estado sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto a tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación. El dictamen de 17 de Junio de 1983, formulaba una observación de carácter general sobre la necesidad de extremar el rigor y el celo en la elaboración del proyecto inicial de cualquier tipo de obra pública de forma que no haya de recurrirse con tanta frecuencia a su ulterior modificación ni, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados. La práctica del reformado o modificado de obras tiene su causa en la insuficiencia técnica inicial de los proyectos. Por ello, tendría que evitarse -como puso de relieve el dictamen de 29 de Noviembre de 1984, que el proyecto inicial que sirva de base al contrato no contenga una obra completa, y que las sucesivas modificaciones puedan encubrir contrataciones que no observen los principios inspiradores de la contratación administrativa, publicidad, libre concurrencia y licitación. En suma, entiende este Consejo de Estado que deben introducirse en las prácticas administrativas insertas en el marco del giro o actividad contractual de la Administración, las adecuadas previsiones para que la técnica del "proyecto reformado" y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato, obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues, de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores, y vertebradores, del sistema de contratación pública".

condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

Este precepto tiene su origen en el Art.92.1 *bis* que introdujo en la L.C.S.P., y posteriormente la L.E.S., COLAS TENAS, J¹³⁷, califica este precepto como “la regla general sobre la modificación de los contratos”, y explica que, en principio, los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, no son estrictamente supuestos de modificación objetiva, por lo que deben regirse por sus propias normas. Considera que en realidad, no hubiera sido necesaria su mención dentro de este precepto, pero viene a puntualizar que el nuevo título sobre la modificación del contrato pretende regular la novación modificativa material u objetiva. BELTRÁN GÓMEZ, A.I¹³⁸, señala que el régimen aquí estudiado es aquél al que con reservas podríamos denominar modificación objetiva, por afectar al objeto del contrato, fundamentalmente, a la prestación a la que viene obligado el contratista. Otras variaciones de las condiciones inicialmente pactadas en el contrato -...sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución... (Art. 105 T.R.L.C.S.P. – 92 *bis* L.C.S.P.) – seguirán el procedimiento previsto por la normativa para cada caso.

La doctrina ha resaltado el hecho de que el nuevo régimen se aplica de manera general. Así, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R¹³⁹ destaca que el Título V del Libro I se aplica preferentemente a todo el sector público y, respecto de la modificación de los contratos privados del sector público, es una excepción al Art. 20 L.C.S.P., en cuanto a la aplicación directa del Derecho privado a los efectos de estos contratos. La disposición transitoria 7ª de la L.E.S., establece que los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Apunta el citado autor que aunque cite sólo los contratos <<administrativos>>, esta disposición transitoria parece extensible a todos los del sector público; pues se trata de aplicar principios comunitarios que debía haberse transpuesto al mismo tiempo que las Directivas 2004/18/CE. Expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J que la circunstancia de que el régimen de modificados no solamente se refiera a los contratos administrativos motivó que en el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley se recomendara, para evitar antinomias legales, reformar el Art. 20.2 de la L.C.S.P., que remitía al Derecho civil el régimen de los efectos y extinción de los contratos privados con el objeto de precisar que también se rigen por la Ley de Contratos del Sector Público en lo que atañe a su modificación. Siguiendo la recomendación del Consejo de Estado la nueva redacción del Art. 20.2 de la L.C.S.P., añade «No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I sobre modificación de los contratos». En la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público se afirma que en la Ley 2/2011, de 4 de Enero, de Economía Sostenible, se explica que el nuevo régimen jurídico de

¹³⁷ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

¹³⁸ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”.

¹³⁹ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R

modificación del contrato se aplica a todos los contratos del sector público, esto es, y en lo que respecta al ámbito del sector público estatal, tanto a los contratos de la Administración del Estado, sean contratos administrativos o contratos privados, como a los contratos de los entes o entidades del sector público estatal que no tengan la condición de Administraciones Públicas (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles del Estado y fundaciones del sector público estatal). Así resulta de los Arts. 92 *bis* y 92 *ter* de la L.C.S.P. que aluden expresamente a "contratos del sector público". Añade MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J¹⁴⁰ que el Art. 92 *bis* del nuevo Título V del Libro I de la L.C.S.P., según redacción dada por la Disposición Final Decimosexta de la Ley 2/2011, dispone que los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en él de acuerdo con esta redacción, el régimen de los modificados resulta aplicable a todos los contratos incluidos en su ámbito objetivo de aplicación y se encuadrarían dentro de las dos grandes categorías que ahora se recogen en la norma; la primera, comprendería los previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación y la segunda, comprendería los supuestos tasados legalmente en el Art. 92 *quáter*.

Finalmente, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R¹⁴¹, añade que ante la imposibilidad tanto de ejecutar el contrato como de modificarlo, el Art.92 *bis*.1 establece que <<deberá procederse a la resolución>>. Esta norma es aplicable a todo el sector público, pero no el Art. 206.g ni la indemnización del 208.5 (sólo rigen para la Administración Pública). En el resto del sector público la indemnización será la que válidamente se haya pactado en el contrato.

Finalmente, COLÁS TENAS, J¹⁴², apunta que los Arts. 93 *ter* y *quáter* de la L.C.S.P., establecen las dos categorías del nuevo régimen de la modificación del contrato: las causas previstas en la documentación de la licitación del contrato, y causas no previstas en la documentación. Esta clasificación de las nuevas categorías de la modificación de los contratos ya fue advertida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 43/08, de 28 de Julio de 2008¹⁴³. La razón de la clasificación, en función de que la modificación se encuentre prevista en la documentación de la licitación, es clara y acertada. Si la modificación se halla prevista en la documentación no es posible alegar, en modo alguno, fraude de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE; pues todos los licitadores habrán podido acceder a la misma información. Si la modificación no está prevista en la documentación nos hallaremos ante el supuesto tradicional, de modificación del contrato, de las causas imprevisibles. GARCÉS SANAGUSTÍN, M. señala que en lo atinente a las causas de modificación, los Arts. 92 *ter* y *quáter* distinguen dos categorías, que la J.C.C.A. del Ministerio de Economía y

¹⁴⁰ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit.

¹⁴¹ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R

¹⁴² Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

¹⁴³ Ver, Informe 43/08, de 28 de Julio de 2008, «Modificaciones de los contratos, interpretación del Art. 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad». También, el Informe 5/10, de 23 de Julio de 2010, «Consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras por causas imprevistas».

Hacienda, en su informe 43/08, de 28 de Julio de 2008, había venido a identificar: las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación y las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

Este *principium divisionis* tiene un sentido lógico: por un lado, en la documentación que rige el contrato se consigan previamente las condiciones de modificación del objeto del contrato, de modo que no puede existir objeción a que se incumplan los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación. El razonamiento evidente es que, con conocimiento material de esas condiciones que de manera sobrevenida pueden provocar la modificación del contrato público, no se puede invocar por otro licitador desamparo o perjuicio, ya que la información estaba disponible desde el primer momento. El segundo grupo de condiciones *quáter* responde a la doctrina general de la modificación por causas imprevisibles.

2.3. El reconocimiento de la potestad de modificación o *ius variandi*.

Hay que recordar que la modificación constituye una potestad clásica de la Administración. Así, el Art. 219, titulado precisamente: “Potestad de modificación del contrato”, estipula lo siguiente: “1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el Art. 211. En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas. 2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el Art. 156”¹⁴⁴.

Tiene declarado el T.S.¹⁴⁵ que “la existencia del *ius variandi* de la Administración es una de las características diferenciales de los contratos administrativos en comparación con los civiles y mercantiles, dicha prerrogativa está expresamente recogida en la normativa estatal (Arts. 48 en relación con el 18 de la L.C.E., y 146 y ss. del Reglamento de Contratación), y local (Art. 54 del R.C.C.L.), siendo obligatorio para el contratista el sometimiento a la decisión administrativa en el supuesto, como es el presente caso, que dicha modificación no exceda del 20 por 100 de la cuantía del contrato”.

¹⁴⁴BELTRÁN GÓMEZ, A.I, en su trabajo “La transparencia en la modificación de los contratos públicos” explica lo siguiente: ¿Cómo se tramita una modificación sobre un contrato menor cuando, como resultado de la variación (en más), el importe total del contrato modificado excede los límites señalados por la ley para este tipo de contratos? La modificación de un contrato menor no puede superar los límites cuantitativos que para este tipo de contratos (50.000 € obras y 18.000 € resto –Art.138 TRLCSP-) establece la ley. En cualquier caso, no puede tramitarse la modificación como un procedimiento negociado sin publicidad. MAD_04/2001 “Conclusiones: 1.- Que como consecuencia de una modificación contractual no se pueden superar los límites cuantitativos que establece la L.C.A.P cuando el contrato principal se ha tramitado como un contrato menor. 2.- Que un contrato menor, como consecuencia de una modificación contractual no podrá transformarse en un procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, ni tramitarse otro contrato menor.” Nota: Téngase en cuenta que, además, no cabe la revisión de precios en los contratos menores (Art.89.2 TRLCSP -77.2 L.C.S.P-).

¹⁴⁵Ver S.T.S. de 4 de Septiembre de 1989, Ar.6566, Ponente: D. MANUEL GORDILLO GARCIA, se debatía en este asunto si la entidad local contratante podía modificar y ampliar el objeto del contrato causante del acto recurrido.

En Sentencia de 1987¹⁴⁶, se afirma que el *ius variandi* - Arts. 54 del R.C.C.L. y 18 de la L.C.E. -, es decir el poder de la Administración de modificación unilateral del contrato, es una de las más trascendentales características del contrato administrativo, en cuanto implica un apartamiento del principio básico que en materia contractual es el *pacta sunt servanda*. Derivada tal potestad de las inexorables e indisponibles exigencias del interés público, ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía de contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio financiero, pues no puede en modo alguno admitirse un enriquecimiento injusto.

El Consejo de Estado en su Dictamen nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003¹⁴⁷, explica lo siguiente: "como resulta de reiterada doctrina del Consejo de Estado, "son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido" (dictámenes del Consejo de Estado números 43.909, de 22 de Diciembre de 1981, 142/2003, 2.382/2003 y 2.383/2003), quedando su objeto determinado en la adjudicación (véanse el dictamen número 45.171, de 19 de Mayo de 1983, y los tres últimos anteriormente citados). El fundamento de este principio es triple (dictámenes 142/2003, 2.382/2003 y 2.383/2003 citados): en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (dictamen del Consejo de Estado número 50.293, de 5 de Noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar la protección de los intereses de la Hacienda pública. Además se explica en relación con el *ius variandi* y sus requisitos lo siguiente¹⁴⁸: "Como se expuso en los dictámenes del Consejo de Estado números 1.598/2002 y 142/2003, el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el C. Civil de acuerdo con el cual "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos" (Art. 1091). Para lograrlo se atribuye a la Administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (*ius variandi*, establecida en el Art. 59 L.C.A.P). En el dictamen número 42.179, de 17 de Mayo de 1979, se aclaró que "esta naturaleza singular y privilegiada del *ius variandi* exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley".

¹⁴⁶Ver S.T.S. de 28 de Julio de 1987, Ar.7689, PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio.

¹⁴⁷ Ver, Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003. Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia).

¹⁴⁸ Esta misma doctrina la recoge el Consejo de Estado en: Dictámenes de 21 de Junio de 2007, Número de expediente: 1126/2007 (EDUCACIÓN Y CIENCIA) Referencia: 1126/2007. Asunto: Expediente relativo a la tercera modificación del contrato de "Redacción, dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Submarinas de Cartagena (Murcia)" y en su Dictamen nº 403/2006 de 4 de Mayo de 2006, sobre Expediente relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura.- Conjunto San Gregorio de Valladolid.

También se puede citar el Dictamen N°. 78/2006, de 23 de Mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.- 2006¹⁴⁹. La inmutabilidad de los contratos es un principio del Derecho Civil, según el cual éstos deben cumplirse con estricta sujeción a lo convenido. Ello lleva consigo que cualquier alejamiento unilateral de lo pactado por cualquiera de las partes puede catalogarse como incumplimiento, dando la posibilidad a la parte contraria de liberarse de las obligaciones a que se había comprometido, sin que ninguna de ellas pueda exigir a la otra una prestación distinta a aquélla a la que se sometió. Este principio general rige también en relación a los contratos celebrados por la Administración Pública, de modo que las declaraciones contenidas en los Pliegos de Cláusulas aprobados en cada licitación constituyen la “ley del contrato”, con fuerza vinculante para ambas partes, consecuencia de los principios de publicidad y concurrencia, aplicación particularizada del de igualdad ante la ley (así lo expresa el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre otras las de 11 de Abril de 1984 -Ar. R.J. 1984,1920-; 9 de Octubre de 1989 -Ar. R.J. 1989, 8326-; 22 de Enero de 1990 -Ar. R.J. 1990,402-; 29 de Octubre de 1993 -Ar. R.J. 1993,8503- y 26 de Marzo de 1996 -Ar. R.J. 1996,2217-). Parte así el Art. 4 del Texto Refundido de la L.C.A.P, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, del principio de libertad de pactos, estableciendo que “las Administraciones podrán concertar los contratos, pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla”. Las citadas prerrogativas vienen a amortiguar la rigidez en la aplicación del aludido principio de la inmutabilidad de los contratos, encontrando su fundamento no en cada pacto concreto sino en la propia Ley, no siendo manifestación de un derecho subjetivo que pueda atribuirse a la Administración, sino que han de ser conceptuadas como una potestad otorgada por la norma para la efectiva consecución de los intereses públicos. El ejercicio de tales privilegios o facultades que tanto la jurisprudencia como la doctrina han calificado de “exorbitantes”, no se produce de manera automática sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el Art. 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa, sin que dicho ejercicio desvirtúe la naturaleza del contrato, cuyo equilibrio económico debe mantenerse mediante compensaciones que corrijan las posibles lesiones que aquél produzca. Entre dichas prerrogativas señala el Art. 59.1 del Texto Refundido aludido la de modificar los contratos por razones de interés público o *ius variandi*, la cual como el resto de facultades reconocidas, determina el citado precepto que deberá ser ejercida “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”, de modo que habrán de ser respetados tanto las exigencias de tipo meramente procedimental fijadas por la Ley para mayor garantía de los intereses de los afectados y consecución del fin perseguido con la modificación, como aquéllas de carácter sustantivo en ella previstas. En relación a tales requisitos el Consejo de Estado, en su dictamen 1.041 de 30 de Julio de 1992, señala que “la Administración Pública no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto técnico de una obra – al menos desde el punto de vista de su trascendencia sobre una relación contractual ya establecida- sino

¹⁴⁹ Ver Dictamen N°. 78/2006, de 23 de Mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.- 2006. Expediente relativo a modificado núm. 1 de las obras de “Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural-palacio de Congresos en el Miradero” de la ciudad de Toledo.

que el grupo normativo de la contratación pública establece que se trata de una potestad tasada que sólo puede actuarse en determinados supuestos”. La técnica del reformado o modificado de obras, y consiguientemente, la novación objetiva del contrato debe ser constreñida a la excepcionalidad, pues de lo contrario podrían encubrirse contrataciones que no observasen los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación que inspiran el sistema de contratación administrativa. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al recomendar en su Memoria del año 1990 que “debe extremarse el celo en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que acudir a su ulterior modificación y sobre todo a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obra”. Esta sugerencia se reitera en la Memoria del año 1992, al estimar el alto órgano consultivo que los contratos, sobre todo los de obra, “deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida”.

Desde el plano doctrinal BELTRÁN GÓMEZ, A.I, en su trabajo “La transparencia en la modificación de los contratos públicos” explica lo siguiente: El *ius variandi* se refiere al poder de modificación unilateral del objeto del contrato que ostenta la Administración. La regla general de inmutabilidad de los contratos que impera en el derecho privado (*pacta sunt servanda / lex inter-partes*), se ve alterada por esta potestad de la Administración de naturaleza extracontractual, teniendo carácter finalista, ya que permite adaptar los contratos a las nuevas vicisitudes que puedan plantearse durante su ejecución (ya sea por la larga duración o por la complejidad de su objeto), en aras a salvaguardar el interés público, cuya prevalencia es la que justifica esta prerrogativa, de forma tal que, por ministerio de la ley, la regla general de la inmutabilidad del contrato predominante en el ordenamiento civil, se transforma en inmutabilidad del fin o del servicio. En todo caso, el poder de modificación está sometido en cuanto a su ejercicio, a límites tanto de carácter formal, como de carácter material, ya que se trata de una potestad reglada, de modo que lo que constituye un título habilitante de la actuación administrativa, al propio tiempo se convierte en un conjunto de garantías para el contratista. Además, en garantía de los derechos de terceros, se señala en doctrina reiterada por el Consejo de Estado y la J.C.C.A., que la utilización de esta prerrogativa habrá de operar de modo restrictivo (excepcional), dado que, un uso indiscriminado de la misma puede entrañar un claro fraude a la ley, en cuanto puede atentar al principio de libre concurrencia, cerrando el acceso a una nueva licitación a otros posibles contratistas. Precisamente, la reforma en su día operada en la L.C.S.P., por la L.E.S., tuvo como finalidad fundamental limitar el uso arbitrario de esta prerrogativa. Dispone el Art. 219 T.R.L.C.S.P., (Art. 202 L.C.S.P.), que una vez perfeccionado los contratos “... solo podrán ser modificados por razones de interés público”, reiterando lo dispuesto en su Art. 210 T.R.L.C.S.P., (Art. 194 L.C.S.P.), según el cual la Administración ostenta la prerrogativa respecto a los contratos “...de modificarlos por razones de interés público...”. El interés público es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general, se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada¹⁵⁰.

¹⁵⁰Este autor matiza que como manifestación de la prerrogativa de la Administración, la modificación del contrato es obligatoria para el contratista, según señala el Art. 219 del T.R.L.C.S.P. Esta obligatoriedad es

GARCÉS SANAGUSTÍN, M por su parte señala que a diferencia de la contratación privada, basada en la paridad y salvaguardia de las partes, la contratación pública en España está dominada por el derecho que corresponde a la Administración de modificar por razón de interés público el vínculo contractual. La atribución de prerrogativas al órgano de contratación descansa en la idea tradicional en nuestro Derecho de conferir al poder contratante de potestades que puede ejercitar unilateralmente con el fin de preservar el interés público. El *ius variandi* unilateral encuentra su réplica en la cláusula *rebus sic stantibus* que preside las relaciones contractuales durante todo el proceso de ejecución del contrato¹⁵¹. Si retomamos la senda del Derecho Común, habrá que recordar que los Arts. 1.203 y siguientes del C. Civil regulan dos tipos de novación: la extintiva y la modificativa. A esta última, que es la que realmente relevante en este trabajo se refiere el Art. 1.203 cuando se indica que “Las obligaciones podrán modificarse... 1.Variando su objeto o sus condiciones principales.” Recuérdese también que en el ámbito del Derecho privado, la simple alteración del objeto no conlleva la extinción del negocio, salvo pacto en contrario de las partes (S.T.S. de 23 de Junio de 1991). Frente a esta concepción privatista basada en el interés particular, el contrato público trasciende las bases de la libertad de pactos para ser informada por el principio constitucional del interés general, imperativo dimanante del Art. 103 de la C.E. Este concepto general de interés no es un mero formalismo sino que es una exigencia que ha de ser motivada en el expediente que soporta la modificación del contrato. Esta concepción basal del interés público debe ser puesta en relación asimismo con los principios informadores de la contratación pública europea que están regulados en el Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE, por el que los poderes adjudicadores deben dar un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la fase de ejecución.

matizada en el caso de los contratos de suministros (Art.296 T.R.L.C.S.P) y servicios de mantenimiento (Art.306) – “...siempre que los mismos estén contenidos en el contrato...”-, pero de aplicación plena en el contrato de obras, según interpretación realizada por el Tribunal Supremo y a la que se hace referencia a continuación.

¹⁵¹Por ello, es importante diferenciar, como de hecho ha venido haciendo el Consejo de Estado, entre la incidencia que tiene el principio de “riesgo y ventura” del contratista y la prerrogativa novatoria que se atribuye a la Administración. Así, en el Dictamen 402/1969, el Consejo de Estado delimita con precisión ambos espacios: “Hay que cuidarse de no confundir entre el riesgo o el alea que corre el contratista de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de su ejecución (tales como pérdidas, averías, perjuicios, etc.) y el caso, enteramente distinto, de que aparezcan nuevos elementos de hecho extraños al contrato que afecten a la relación contractual y alteren su curso (por ejemplo, modificaciones del proyecto, paralización de las obras o ejecución de obras no previstas).” Más adelante, el propio Consejo de Estado en Dictamen 583/2001 viene a acotar el objetivo que comprende una modificación contractual: “El objetivo en el caso de modificaciones contractuales *servata distantia* es similar: demostrado que “concurren necesidades nuevas o causas imprevistas” que implican la necesidad, por razones de interés público, de introducir modificaciones, el contratista deberá asumirlas –con los límites previstos en la legislación de contratos-, pero sin que tenga el deber jurídico de soportar el eventual aumento en el coste que ello puede suponer. Deberá producirse el necesario reequilibrio económico del contrato, de manera que, aplicando el porcentaje de baja de licitación correspondiente, habrá de ajustarse tanto el precio del contrato como el plazo de ejecución. En otras palabras, el principio de riesgo y ventura es compatible con la utilización del poder de modificación y sus consecuencias anejas, en los términos previstos en la legislación de contratos. /.../. En tal caso, el principio de riesgo y ventura implica que el contratista tendría que ejecutar el contrato en los términos pactados y, si no lo hiciera, la Administración podría resolver el contrato por culpa del contratista, con las consecuencias anejas previstas en el Art. 113.4 de la vigente Ley de Contratos.”

2.4. Delimitación del concepto de modificado.

2.4.1. Introducción.

Resulta evidente la necesidad de preguntarse sobre qué es un modificado de obras porque en la realidad nos encontramos con situaciones muy variadas que producen confusión en el plano técnico que tiene una considerable repercusión en el plano jurídico. Que una actuación se considere un modificado de obra o no supone unas consecuencias muy importantes tanto para el contratista, que en principio tendrá derecho a ser indemnizado, como para la Administración que deberá pagar¹⁵².

2.4.2. Casos que son modificados de obra.

Hay una serie de situaciones donde el Supremo ha confirmado que los hechos demuestran que nos encontramos ante una modificación de la obra.

Para empezar la Administración ha tratado de aplicar lo que en otros ámbitos se conoce como la teoría de las bagatelas. Es decir, las autoridades administrativas tratan de escaparse al deber de indemnizar afirmando que no hay que considerar modificado de obras pequeñas modificaciones que pueden considerarse como accesorias o implícitas en la obra general que por su escasa entidad no merecen tal calificativo.

Sobre este particular podemos citar un asunto de 2001¹⁵³. La Diputación fundamenta su argumentación en una premisa inaceptable, cual es la de calificar el exceso de obra

¹⁵²El Consejo de Estado en su Memoria de 2004, ha señalado que se ha resistido esta institución a que a través de un expediente de responsabilidad patrimonial, se pueda cambiar el presupuesto líquido con arreglo al cual se adjudicó un proyecto adicional o de obras complementarias, entendiéndose que, desde el momento en que la adjudicación se produce lo importante desde el punto de vista jurídico es la oferta realizada por el adjudicatario en función de la cual se cerró la operación y se firmó el contrato, no siendo posible modificar lo pactado en función del carácter vinculante del propio contrato. Por otro lado, el Consejo de Estado ha venido distinguiendo entre la modificación del contrato y su liquidación, con valoración de la ejecutada <<de más>>, dando lugar, en su caso, a un expediente de responsabilidad patrimonial que implica siempre algún perjuicio para la eficacia del contrato pero también para su coste y financiación, notablemente incrementado con la modificación, rozando los límites de la legalidad presupuestaria.

¹⁵³Ver S.T.S. de 23 de Febrero de 2001, Ar.1827, Nº de Recurso: 5328/1995, Ponente: D. RAMÓN TRILLO TORRES. Por resolución de la Dirección General de Carreteras y Transportes Foral de Guipúzcoa, se convocó una licitación pública para la contratación de las obras de ensanche y mejora de la carretera de Eibar Elgueta (segundo tramo), con un presupuesto de ejecución material de 104.432.066 ptas., y un presupuesto de ejecución por contrata (22%) de 127.407.120 ptas. Se acordó la adjudicación en favor de "Construcciones Galdiano, S.A.", suscribiéndose el correspondiente contrato con fecha 10 de Enero de 1986. El contratista, exponiendo que la valoración total de las obras ya realizadas, más las aún pendientes de ejecutar, sobrepasaba ampliamente en más del 20% el presupuesto de contrata, por lo que solicitaba la elaboración de un proyecto reformado. Tramitada esta solicitud y ya recibidas provisionalmente las obras, la Administración formuló un denominado "proyecto reformado y liquidación de las obras". El contratista entendía que se le debían 8.156.761 ptas., en que Construcciones Galdiano entendía que debía valorarse el exceso de obras sobre la inicialmente prevista por encima del precio que por este concepto había fijado la Administración. El TSJ de Navarra en Sentencia de 12 de Mayo de 1995, estima parcialmente el recurso interpuesto la contratista al considerar acreditado que el incremento de obra había excedido del 20% del precio del contrato inicial, por lo que debería haber sido objeto de un contrato independiente (Art. 153 del Reglamento General de Contratación), siendo la cuestión a decidir

realizado como meras obras accesorias al contrato inicialmente suscrito, pues fue la propia Administración la que aprobó un proyecto reformado, aunque lo hiciera de forma atípica y extemporánea, al tiempo de la liquidación provisional de las obras y no cuando se suscitó la necesidad de realizar el exceso de obra sobre lo proyectado o cuando lo pidió la empresa contratista¹⁵⁴.

Cuestión discutida es deslindar cuando nos encontramos ante un modificado de la obra que implica realizar nuevas unidades de obra frente a órdenes de la Administración para ejecutar correctamente lo realizado de forma deficiente y hacer obras accesorias o implícitas. A este respecto resulta muy interesante es un asunto de 19 de Marzo de 2008¹⁵⁵ que también permite abordar la diferencia que existe entre simples variaciones o

cuál sea el precio a pagar por aquellas obras. Contra esta Sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la Diputación Provincial de Guipúzcoa. Alega la recurrente la vulneración de los Art. 47 y 50 de la L.C.E. Alega la Diputación que siendo cierto que las modificaciones sobre el proyecto inicial se fueron realizando sobre la marcha, la empresa contratista sólo solicitó la realización del proyecto reformado cuando las obras ya habían finalizado. Así las cosas, al haber aceptado la realización de las obras adicionales sin plantear la resolución del contrato, aceptó asimismo la ejecución de esas obras en el ámbito del contrato que había suscrito, y al haberse ejecutado las obras antes de la petición de realización del reformado, daba igual aprobarlo en ese momento o diferirlo hasta el final, como efectivamente se hizo. Por eso, tratándose de unas obras realizadas en el marco del contrato –concluye su argumentación la Corporación recurrente- debe considerarse ajustada a derecho la aplicación de la rebaja del 16,37% ofertada por el contratista sobre la totalidad de la obra ejecutada. Cuestión distinta es -y ello lleva al segundo motivo de recurso- la determinación de hasta dónde debe extenderse la exoneración de la aplicación del porcentaje de rebaja de la subasta. La empresa contratista, sólo pretendió que no se repercutiera la rebaja sobre el exceso de obra, esto es, sobre la obra realizada por encima del presupuesto de ejecución material del proyecto, que, ascendía a 104.432.066 ptas. Sin embargo, aunque el "fallo" de la Sentencia es ciertamente confuso, una vez puesto en relación con su fundamento jurídico quinto, del mismo se desprende que la exoneración del porcentaje de rebaja se proyecta sobre la totalidad de la liquidación del contrato, es decir, sobre 137.664.886 ptas., incluyendo pues, además del exceso de obra, el contenido del contrato inicial que también se incluye en la liquidación. Se produce, de este modo, una incongruencia *extra petitum*, al concederse a la parte actora más de lo que había solicitado, por cierto que con clara infracción del contrato suscrito por las partes, en el que dicha rebaja se había pactado hasta el importe del presupuesto material de obra. Procede, por eso, estimar el primer motivo de recurso, pasando a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que está planteado el debate (Art. 102.1. 3º de la Ley Jurisdiccional). En este sentido, la rebaja establecida en el contrato en porcentaje del 16'37% podrá repercutirse sobre la liquidación hasta el tope de la cuantía a que ascendía ese presupuesto de ejecución material (104.432.066 ptas.) no pudiéndose proyectar sobre las cantidades adicionales correspondientes al proyecto reformado, tanto las que la misma Administración reconoció (hasta la suma de 137.664.886 ptas. de ejecución material) como las que se hayan de determinar en ejecución de Sentencia por encima de aquella cifra.

¹⁵⁴ En relación con el problema concreto aclara el Supremo: "Siendo esto así, tal es el dato del que debe partirse a la hora de analizar la cuestión verdaderamente debatida, esto es, si sobre el exceso de obra correspondiente a ese reformado debía repercutirse o no el porcentaje de rebaja de la subasta, pues la Administración no puede ir contra sus propios actos, negando ahora la existencia de un proyecto reformado que ella misma suscribió a la hora de la liquidación. Partiendo de esta base, la fijación de precios por el exceso de obra correspondiente a ese proyecto reformado- que excedía claramente del 20% del precio del contrato inicial- debió haberse hecho mediante "contrato independiente" (Art. 153 del Reglamento General de Contratación). No habiéndose hecho así, la Administración debe estar a sus propios actos, respetando el importe de ejecución material que ella misma ha calculado para ese exceso de obra y no repercutiendo sobre ese importe una rebaja pactada para otro contrato distinto".

¹⁵⁵ Ver S.T.S. de 19 de Marzo de 2008, Ar.2346, Nº de Recurso: 5201/2005, Ponente: D. SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCIA. La Sociedad Constructora Hispánica, S.A. resultó adjudicataria de las obras de "Refuerzo del Firme". La empresa solicitó el reconocimiento de un saldo de liquidación provisional que asciende a 543.314,38 €, al incluir el exceso de obras ejecutadas por orden de la

alteraciones de la obra que no deben estar sometidas a las estrictas reglas del modificado de la legislación de contratos, frente a aquellas que, dado su carácter sustancial, si merecen tal calificación. Dilucidar dónde están los límites puede ser una tarea difícil.

Consta que, durante la ejecución de los contratos encargados, la mercantil recurrente realizó ciertos trabajos sobre los proyectos originariamente previstos, discutiéndose, en definitiva la entidad y trascendencia de dichas modificaciones y si corresponde la indemnización reclamada por tal concepto. La sociedad actora sostiene que de lo actuado ha quedado acreditado que la Administración en la ejecución del contrato de la mencionada obra introdujo variaciones sustanciales, que dieron lugar a un aumento de los trabajos y, en consecuencia, a modificaciones sustanciales del Proyecto inicialmente previsto. Ello dio lugar a incremento de la obra ejecutada y del coste de los trabajos¹⁵⁶.

La Administración rechaza las alegaciones de la demanda por entender que son simples órdenes para ejecutar correctamente lo realizado de forma deficiente. Tales trabajos, descritos en la demanda no fueron ajenos al conocimiento de la Administración, pues en el Acta de recepción, se hace constar la existencia de las obras se han realizado "sensiblemente" de acuerdo con el Proyecto, y que en definitiva obedecen a las instrucciones dadas por la Administración. Resulta además acreditado que tales trabajos complementarios fueron ejecutados por requerimiento de la demandada. Sin embargo no existe constancia de que la Administración promoviera modificación formal alguna derivada de necesidades no contempladas en el contrato, ni petición del contratista sobre igual materia que diera lugar, en su momento, a la apertura del procedimiento previsto en el Art. 136 del R.G.C.E., siendo la finalidad a la que se orienta el precepto la de procurar un acuerdo de las partes contractuales acerca de la modificación del contrato o, cuando menos, la posibilidad de alcanzarlo, dejando a la Administración la decisión final que corresponda, sin perjuicio del control jurisdiccional"¹⁵⁷.

Dirección Facultativa y no abonadas, reclamación desestimada por Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras.

¹⁵⁶La actora respecto a tales "alteraciones" en la ejecución de la obra aportó una prueba pericial, consistente en el informe elaborado por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, adjuntado como documento nº 1 de la demanda. En este Informe pericial, se afirma que se realizan modificaciones en la obra consistentes en la distinta longitud del tramo en el que se presentó el refuerzo, la realización de trabajos 50 metros más de lo inicialmente contemplados, y en una variante no prevista en el Proyecto, la pavimentación de diversos caminos agrícolas y el sondeo de blandones que existían en la carretera antes del inicio de las obras, que según se sostiene, se realizan de forma sustancialmente diferente e implican un incremento del presupuesto del estudio de seguridad e higiene. Las referidas diferencias en la ejecución de la obra, a tenor de la citada prueba practicada en el proceso sobre tales extremos resultan sustanciales. Se trata, según tal Informe de parte de alteraciones que implican una modificación sobre el Proyecto conforme la tesis de la actora.

¹⁵⁷El Director Facultativo de las obras cuestionadas informa que en ningún momento se dieron órdenes para la realización de unidades de obra diferentes a las señaladas en el proyecto, salvo aquellas que hubiesen podido significar, en un momento dado, una merma en la seguridad vial, un ágil y correcto acabado de las obras o que fueran imprescindibles para garantizar la permanencia de lo ya ejecutado y evitar daños inmediatos a terceros. Las órdenes que da la Dirección Facultativa a pie de obra se hacen sobre unidades de obra y partidas contempladas en el proyecto, debiéndose recurrir al Libro de Órdenes en caso de que las que se den verbalmente no se cumplan. De otra parte y como bien conoce el contratista, las mediciones contempladas en cualquier proyecto no son contractuales, lo que implica que la variación de las mismas se habrá de recoger en la Liquidación de las obras; por ejemplo: extender más aglomerado asfáltico dentro de los pp.kk. objeto del refuerzo supone sólo un exceso de medición en las

El Tribunal de instancia parece acoger estos argumentos de la Administración, destacando que "las obras ejecutadas en exceso eran "complementarias" y "accesorias", entendiendo que tampoco se ha acreditado a través de la prueba practicada, que nos hallemos en realidad, ante una modificación sustancial del Proyecto, pues la descripción de las obras realizadas, según la documentación obrante en el expediente administrativo, e incluso atendiendo al informe pericial, pone de manifiesto que las modificaciones que sustentan la reclamación consisten en ciertas actuaciones de carácter accesorio a la obra, como es el asfaltado de ciertos metros de caminos de acceso a la vía o la reparación de ciertos desperfectos, trabajos que por su carácter secundario se encuentran implícitos en el contenido del contrato analizado. Según indica la Dirección Facultativa de la obra, no se dieron órdenes para la realización de unidades de obra diferentes a las señaladas en el Proyecto, y este extremo no desvirtuado en el proceso, y del conjunto de las actuaciones se comprueba que las instrucciones dadas al contratista se referían fundamentalmente a la forma de ejecutar las mismas, ante la comprobación de ciertas deficiencias, sin implicar una modificación sustancial¹⁵⁸. En definitiva, no nos hallamos ante una

partidas correspondientes a aglomerado del proyecto, recogiendo ese exceso de aglomerado en la liquidación correspondiente. Respecto a los trabajos de pavimentación de accesos en caminos agrícolas, debe significarse que cuando se realizan obras de refuerzo de firme, es de "buena práctica" acondicionar al mismo tiempo los metros iniciales de los accesos y caminos de la zona para facilitar las salidas y entradas de los vehículos agrícolas; en este caso no se hizo así y ante las numerosas quejas de particulares y Ayuntamientos, se obligó a la empresa contratista a realizar el acondicionamiento posterior de los 2-3 metros de los accesos próximos, quedando contemplado en la Liquidación de las obras el exceso de aglomerado para realizar estos trabajos. Concluyendo, las órdenes/instrucciones dadas al contratista por la Dirección Facultativa en modo alguno constituyen "modificaciones" del proyecto contratado, sino simples órdenes para ejecutar correctamente lo realizado de forma deficiente. Por su parte, el Abogado del Estado sostiene en el escrito de contestación a la demanda que no cabe reconocer la reclamación a favor del contratista ya que éste firmó el Acta de recepción de las obras sin hacer manifestación alguna, y en dicha Acta se dice que las obras han sido ejecutadas sensiblemente de acuerdo con el Proyecto vigente, ajustándose a las condiciones contractuales y prescripciones técnicas aplicables, de conformidad con el Art. 143 de la L.C.E.; tal conducta impide cualquier reclamación ulterior fundada en hechos contradictorios con el que resulte de tal manifestación: que el contrato se ha consumado de acuerdo con el proyecto y el Pliego de Condiciones Técnicas particulares, y el planteamiento del presente recurso supone la violación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. La referida contradicción es motivo suficiente, a juicio del representante de la Administración, para la desestimación del recurso. Añade que la actora desconoce la buena fe contractual al pretender derivar de ciertas actuaciones mínimas o accesorias las consecuencias impuestas en el contrato, con alteración del equilibrio económico del mismo".

¹⁵⁸ Afirma el Supremo que de la lectura de esos párrafos de la Sentencia se deduce sin duda alguna que el examen que llevó a cabo del documento que en forma de informe pericial aportó la recurrente fue somero y no profundizó en él de modo que como consecuencia de ese modo de proceder obtuvo unas conclusiones de valoración de esa prueba carentes de lógica dando ello lugar a una decisión no conforme a derecho al apartarse de las reglas de la sana crítica. Así cuando el informe se refiere a la obra efectivamente realizada y entregada y la precisa, concluye que "se corresponde con la que fue modificada por la Administración cualitativamente, en sus planos de planta y perfiles, alteraciones que representan al menos un porcentaje del 40,56% del proyecto inicial". Y agrega a lo anterior que "a ese tanto por ciento debía añadirse una cifra indeterminada correspondiente a los tramos no modificados globalmente sino con alteraciones puntuales derivadas del deterioro experimentado por la carretera durante más de cinco años". Esta última afirmación se explica porque la obra se llevó a cabo sobre un proyecto elaborado por la Administración de carreteras en 1995 y cuya ejecución no se puso en práctica hasta cinco años después en el año 2000 "lo que obligó a redefinir las unidades de obra "in situ" en todos aquellos puntos de la carretera que se habían deteriorado en el período de tiempo comprendido entre tales años". En esa misma conclusión relativa a la obra realizada y entregada se refiere el informe a la que denomina "la más significativa de las alteraciones, la sustitución de la "travesía de Santo Domingo de la Calzada por la

"variante" del mismo nombre, (que) representa por sí sola una modificación del 34,14% del proyecto contratado" y de la que destaca el informe que esa modificación implicó "una importante mejora en la satisfacción del servicio público" y que explica señalando que "casi todo el tráfico de la carretera CN-120, y prácticamente el 100% del tráfico pesado, discurren por la "variante". Además el informe en ese punto mantiene que como consecuencia de ello no es posible sostener la postura de la Administración de que las obras se realizaron sensiblemente de acuerdo con el proyecto. Ello sin perjuicio de que esa afirmación exceda de lo que constituye, como es obvio, la tarea del perito. El documento que nos ocupa entra en otro de sus apartados a considerar con mayor detalle las "modificaciones" y sus aspectos técnicos y económicos. Y así vuelve sobre la "variante" de Santo Domingo de la Calzada y dice que: "La principal variación cualitativa de la obra, el cambio del itinerario del 2º tramo de la carretera, por el que se reforzó el firme de la "Variante" de Santo Domingo de la Calzada en lugar del de la "Travesía", de trazados muy distintos, que forman en planta un doble arco ojival de unos 6 km., con los vértices de las ojivas en sus entronques, altera por sí sola el 34,14% de la longitud total de los tramos de carretera contratados, porcentaje que se obtuvo anteriormente. Técnicamente, tal alteración cualitativa del "Proyecto" y, por tanto, de la obra contratada, implicó que cambió absolutamente el Plano de Planta en un largo trazado de 6.600 Km., así como los Planos que definen el perfil longitudinal (alzado) y los perfiles transversales, que resultaron también alterados, además del firme inicial sobre el que se debía de colocar las capas de aglomerado en caliente del refuerzo, que, en la "Variante", estaba en un estado muy distinto al de la "Travesía ". La Modificación dio lugar asimismo a variaciones cuantitativas de varias unidades de obra, algunas de ellas "unidades nuevas" que se añadieron a las contempladas en el contrato, como, por ejemplo, por citar una indiscutible, la reparación de las juntas de dilatación del puente sobre el río Oja, en el P.K. 45,400. Y también originó unidades de "muy superior dificultad de ejecución", caso de la ya citada de "m2 de fresado"..., unidad que consiste en la disgregación del espesor de mezcla bituminosa existente, porque tal trabajo, previo al refuerzo del firme con las nuevas capas de aglomerado, y de preparación para colocar la capa de regularización proyectada, se realizó en la "Variante" sobre un suelo que estaba en un estado muy distinto del de la "Travesía ", y de características técnicas diferentes, y desconocidas por CH SA. al licitar. La mayor dificultad de ejecución prevenía asimismo de otros inconvenientes que ya se han detallado, por recordar alguno, al tener que realizar tal unidad de forma discontinua, con frecuentes saltos de la maquinaria, todo lo cual engloba un conjunto de circunstancias imprevistas, e imprevistas que no sólo rompían la organización del contratista, y la programación de la obra, sino que hacían imposible sustituirlas por otras nuevas, dada la rapidez de ejecución. Con independencia del enorme "hándicap" derivado de lo anterior respecto a los rendimientos de los equipos de trabajo cuando éste es discontinuo o intermitente, que produjo un fortísimo incremento de costes de tal unidad de obra, terminó ocurriendo finalmente, en el aspecto meramente cuantitativo de sus mediciones, que se produjo el incremento brutal, y significativo, ya señalado antes, del 859,30% en el número de m2 (de fresado) finalmente realizados, lo que demuestra que la Administración modificó no sólo los parámetros técnicos y económicos de la obra, incluida su organización, sino que tuvo al contratista a su exclusiva merced para ejecutar un porcentaje de obra tan alto sin plano alguno. La medición absoluta correspondiente a tan importante unidad de costes sobre-elevados arroja una cuantía total muy alta, de 750.688,468 m2 realizados (frente a 87.360,00 del Proyecto), por lo que no resulta difícil deducir que las pérdidas del contratista, por la combinación de la variación cualitativa y cuantitativa de esa sola unidad de obra, son necesariamente de muchos millones de ptas., y también se refiere en semejantes términos a "lo ocurrido en la "Variante de Grañón", en la pavimentación de los accesos a los caminos agrícolas, y en la ejecución aislada del tramo previo al P.K. de origen del Proyecto, que resumen otras variaciones cualitativas del Proyecto, cuyas repercusiones cuantitativas debidamente valoradas se analizarán directamente, en conjunto, en el Capítulo último. También en esos últimos casos de alteraciones, con independencia igualmente de que la realización técnica de la obra se efectuase con los mismos materiales y demás medios instrumentales previstos para la obra primitiva, se produjeron los correspondientes incrementos de costes, bien por darse las mismas circunstancias de trabajo antes reseñadas ("trabajos por administración"), o bien, además, por tratarse de tramos cortos aislados del resto, por no haberse pedido su ejecución a destiempo, después de terminada globalmente la obra, como en el caso de los caminos agrícolas, cuya pavimentación se demoró hasta Enero de 2001. En todas ellas se combinan alteraciones cualitativas y cuantitativas que implicaron cuantiosos costes adicionales no previstos en el contrato". En relación con otro de los aspectos que aborda el informe pericial y al que se refiere como "una cuestión técnica en discusión: los blandones", la Sentencia se limita a expresar como ya más arriba expusimos que "en este Informe pericial, se afirma que se realizan modificaciones en la obra consistentes en la distinta

longitud del tramo en el que se presentó el refuerzo, la realización de trabajos 50 metros más de lo inicialmente contemplados, y en una variante no prevista en el Proyecto, la pavimentación de diversos caminos agrícolas y el sondeo de blandones que existían en la carretera antes del inicio de las obras, que según se sostiene, se realizan de forma sustancialmente diferente e implican un incremento del presupuesto del estudio de seguridad e higiene". Sin embargo el informe se refiere a esta cuestión por extenso y tras explicar con detalle en qué consiste "un blandón" que: " es un término vulgar con el que se designa a una deformación acusada en la superficie de la carretera, o en general de una explanación, al paso de las cargas de tráfico, apreciándose deformaciones elásticas y residuales. en el terreno que hay bajo la capa de rodadura, superficie exterior visible que se deteriora, existe un recinto, o espacio, que apenas drena, muchas veces con muy alto contenido de humedad, o saturado de agua, procedente normalmente de filtraciones de lluvia, el cual, bajo la presión de las cargas mecánicas del tráfico, fluye y asienta, dejando a la vista una deformación residual definitiva, sin perjuicio de que prosigan otras deformaciones elásticas, más o menos acusadas, al paso de los vehículos, e incluso de que aflore el agua por arriba", añade que: " en el caso en estudio, se saneó durante la ejecución de la obra, un importante "blandón" en el p.k. 40+300, "trabajo por administración" al que corresponde el "precio contradictorio" nº 3, y que, como puede verse en su descomposición, apartado 6.3, exigió la utilización de la maquinaria necesaria para trabajar en tales capas inferiores, por ejemplo, una retroexcavadora. En el Acta de Inspección de fecha 12.6.2002, expone la Administración un listado de 16 zonas aisladas concretas, en las que se observan "blandones, agrietamientos y otros defectos en la capa de rodadura que es necesario reparar", los cuales están situados, todos, en el 2º tramo contratado y, salvo uno que está en el p.k. 41+750, se ubican en un trecho de 850 metros de longitud, entre el p.k. 49+525 y el p.k. 50+350, puntos en los que, afirma, "se han detectado defectos en la capa de rodadura que pueden dar lugar, a corto plazo, a los problemas actualmente detectados e inspeccionados". No consta en ningún momento que la zona de "blandones" a que se refiere el anterior escrito de la Administración fuese debidamente tratada durante la realización de la obra. Así, ninguno de los puntos del listado anterior está definido en los documentos del "Proyecto" inicial como zona en la que se ha debido de sustituir el firme, porque ninguno de ellos está en los listados que constan en el Anejo nº 4 de la Memoria, ni en las Mediciones Auxiliares del "Proyecto", ni en la relación de puntos de demolición del firme que allí se hace, por lo que es probable que no se trataran, al menos suficientemente, durante la ejecución de la obra, salvo que la Dirección Facultativa lo ordenara verbalmente. Tan sólo consta que, durante la realización de la obra, se reparó el importante "blandón" antedicho, del p.k. 40+300 y, a juicio de este Ingeniero, es seguro que a la Administración le fue imposible concretar con más precisión otras zonas necesitadas de tal demolición, y reposición completa del firme, o necesitadas del mayor drenaje, distintas de las que mandó sanear, y de las definidas en la Memoria del "Proyecto" inicial, dado que la obra se ejecutó en su mayor parte durante el verano del año 2000, y los defectos localizados no eran fácilmente visibles por los técnicos durante el estío, dado el deterioro general del firme antiguo, mientras que, por el contrario, empezaron a ser más detectables, pese a las dos capas de refuerzo del firme "realizadas", transcurrida la temporada de lluvia del invierno del 2001-2002, primer año de garantía de la obra. Pese a todo, el contratista, con la mejor voluntad, intentó solucionar, la primera vez que se le avisó, un problema técnico que no era suyo, y que efectivamente no le correspondía resolver, porque los "blandones" y los defectos localizados concretos no señalados en el "Proyecto", ni por la Dirección Facultativa, son un problema distinto y ajeno a la obra "realizada" por CH S.A., que sólo debía atender a la solución de los puntos concretos que se le señalaron como necesitados de corrección durante la realización de los trabajos". Y sobre ello concluye el informe manifestando que "la calidad de la obra realizada por la contratista fue excelente.... y que "nada se le puede imputar en relación con los defectos localizados en la capa de rodadura, derivados de los blandones por falta de drenaje, aparecidos durante el plazo de garantía de las obras". Se ocupa tras lo anterior el documento de lo que denomina "liquidación de la obra realizada y entregada" y al referirse a ello parte de una idea inicial como es que, como también afirma la Sentencia no se elaboró un proyecto reformado. Enumera las obras realizadas que estaban previstas en el proyecto a los precios unitarios del mismo, y seguidamente fija el presupuesto de ejecución material correspondientes a las que denomina "obras nuevas" realizadas a los "precios contradictorios", obras que no estaban previstas en el proyecto inicial y cuyas mediciones ya se habían detallado anteriormente y que arroja una cifra de 124.477.129 ptas.; se dedica a continuación a hallar el importe total de la revisión de precios del contrato, y añade una cifra más que se corresponde con lo que considera el importe de la realización de las obras referidas a los blandones y tras sumar todas esas cantidades y restar a las mismas la cifra satisfecha por la Administración concluye que la diferencia que debía abonar la Administración a la recurrente era de 103.598.786 ptas., o su equivalente de 622.641,24 €.

variación o alteración esencial del Proyecto y resulta acreditada que las prestaciones complementarias tenían un carácter meramente accesorio y complementario y deben considerarse incluidas inicialmente en los Pliegos de Prescripciones Técnicas del contrato, trabajos que obedecieron a la necesidad de realizar correctamente el Proyecto.

En otras palabras, la Administración pudo introducir ciertas instrucciones que no constituyen verdaderas alteraciones en el contenido sustancial del contrato administrativo concertado con la recurrente, las prestaciones que el contratista ha ejecutado resultan implícitas en las obligaciones inicialmente pactadas, de manera que el contratista está obligado a asumir este incremento en el coste de la prestación efectivamente realizada, razonamiento que nos lleva a la desestimación de la pretensión ejercitada"¹⁵⁹.

¹⁵⁹Explica el Supremo que dada la trascendencia de las modificaciones introducidas en las obras a realizar y que fueron efectivamente realizadas, y así resulta del informe analizado, es claro que se debió de llevar a cabo un proyecto reformado en el que se recogieran todas las modificaciones introducidas en el inicial lo que no ocurrió, iniciativa que debió partir de la propia Administración, o de la empresa contratista, que si no lo solicitó fue con toda probabilidad, como apunta el informe, porque no se quiso paralizar o demorar la ejecución de las obras y las modificaciones se fueron disponiendo por la Administración mediante órdenes verbales aceptadas por la mercantil encargada de su ejecución con la conformidad de quien ostentaba la Dirección Facultativa de las obras. La realidad sobre la que se sustenta esa reclamación en cuanto al exceso de obra ejecutada resulta de la prueba que obra en el expediente administrativo que no ha sido impugnada por la Administración, y así en concreto del acta notarial de manifestaciones realizada en 29 de Julio de 2002, por quien se identifica como responsable de la obra civil de que se trata, y en la que asevera que la obra fue modificada a pie de obra siguiendo instrucciones de la Dirección de Obra, aumentándose la cantidad de obra a ejecutar, pero, en cambio, no llevándose a cabo la modificación formal del Proyecto. Añade a lo anterior que alguna de esas modificaciones fueron certificadas y abonadas por el Ministerio, pero otras ordenadas por la Dirección Facultativa y ejecutadas por la empresa no fueron certificadas por la Administración, pero sin embargo existen facturas de las que aportó copias que acreditaban esas modificaciones. En esa acta quien la otorga hace una descripción minuciosa de las modificaciones experimentadas y de las obras ejecutadas como consecuencia de ellas, que describe con detalle, así como el importe de las mismas con la mención pormenorizada de las obras ejecutadas. Existen en el expediente administrativo otras actas notariales de semejante tenor suscritas por otras empresas que reconocen haber efectuado trabajos en la obra de autos para la empresa adjudicataria de las mismas abonadas por ésta. Trabajos todos ellos con sus correspondientes facturas de sus costes a los que se refirió el informe pericial más arriba comentado. Frente a cuánto hemos expuesto se opone por la Administración el contenido del acta de recepción de las obras suscrito el 4 de Abril de 2001, en el lugar de las obras, y a cuyo acto comparecieron el Director Facultativo de la obras, así como el Jefe de la Demarcación del Carreteras del Estado en la Rioja, el Interventor Regional de la Delegación de Economía y Hacienda de la Rioja asistido por un Ingeniero de Caminos de la Confederación Hidrográfica del Ebro en Zaragoza, y por la empresa contratista el Ingeniero de Caminos Sr. Joaquín , responsable de obra civil en la zona para la obra contratada. En el acta el Director Facultativo de las obras manifestó tras reconocerlas que "habían sido ejecutadas sensiblemente de acuerdo con el proyecto vigente, ajustándose a las condiciones contractuales y prescripciones técnicas aplicables, expresando que la Relación Valorada de la Medición General y Definitiva producirá por aumentos volumétricos, con cargo a la Liquidación, un Adicional de obra menor del 10%, respecto al Presupuesto Vigente" y sin que el representante de la contratista hiciera en ese acto observación alguna. Seis meses después es decir el 4 de Octubre de 2001, se levanta un acta en la Demarcación de Carreteras del Estado en la Rioja, sita en Logroño, de la reunión que mantienen el Jefe de la Demarcación en presencia de un funcionario del Cuerpo de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas y el delegado de la empresa en la zona para la firma de dos liquidaciones, una correspondiente a la obra de mejora de la travesía de Santo Domingo de la Calzada y otra a las obras de refuerzo de firme CN- 120 Tramo Hormilla-LP. Burgos. Consta en el acta que el representante de la empresa rehusó firmar la liquidación de la segunda, alegando para ello que para poder firmar era necesario que se le entregase una copia para poder revisarla. De que en el acta de recepción no se hiciera observación alguna por parte del representante de la empresa no se puede deducir la consecuencia de que

Considera el Supremo que resulta cierto que la Administración debió reconocer ese exceso de obra ejecutada fuera del proyecto y que fue efectuada por la empresa a satisfacción de aquella¹⁶⁰. Acreditada como ha sido la realización de obras que no estaban comprendidas en el proyecto inicial, y de igual modo probada la importante cuantía de las mismas como demuestra las cantidades reclamadas, hay que descartar que las mismas fueran realizadas por la empresa contratista de modo unilateral y sin conocimiento de la Administración, ya que si bien la resolución recurrida de la que se hizo eco la Sentencia, expresaba que no se habían dado órdenes para la ejecución de esas obras, por el contrario no ofrece duda de que las mismas se produjeron, y así lo

no tuviera nada que reclamar en relación con un exceso de obra realizada y no prevista en el proyecto que se ejecutó. Se trataba en ese acto simplemente de que la Administración diera su conformidad a las mismas una vez que su representante comprobase que las obras se hallaban en buen estado y se habían ejecutado con arreglo a las prescripciones previstas, que es lo que preveía el Art. 147.2 de la L.C.A. P., Ley 13/1995, de 18 de Mayo. Precisamente la Administración que dio por buenas las obras sin encontrar en ellas defecto alguno, más adelante reclamó que la contratista reparase algunas deficiencias que el perito consideró que no eran imputables a la misma y que ella efectuó sin poner objeciones, y cuya reparación posteriormente no reclamó, si bien es cierto que las reparaciones se exigieron vigente el plazo de garantía. Por otra parte en cuanto a que no se firmase la liquidación nada se puede reprochar a la recurrente porque la que se le ofrecía para la firma no contenía reconocimiento de obra alguna que excediese del proyecto cuando en el acta de recepción se decía que al menos existiría con cargo a la liquidación un adicional de obra menor del 10%, respecto al presupuesto vigente y ello repercutía también sobre la revisión de precios que ofertaba la Administración y que no contemplaba tampoco el exceso de obra según ella realizado. Como consecuencia de lo anterior procede estimar el motivo y casar, también, como consecuencia del mismo, la Sentencia recurrida, hecho que nos releva de examinar el tercer motivo esgrimido por la recurrente y los distintos aspectos que en él planteaba.

¹⁶⁰La empresa denuncia que para llegar a semejante conclusión, dice el motivo, el Tribunal "a quo" se basa en la documentación obrante en el expediente administrativo "e incluso atendiendo al informe pericial" (se ha de aclarar que en la presente litis no existe otro informe pericial que el aportado por esta parte). La valoración de dicha prueba en la Sentencia recurrida, en su opinión resulta ilógica y absurda, llegando a conclusiones inverosímiles como la transcrita, pues que el informe pericial es concluyente en su conclusión, totalmente contraria a la del juzgador a quo: -Indica de forma contundente que se ha introducido variaciones cualitativas en la obra respecto a la proyectada, que alcanzan el 40,56% de la inicialmente contratada. -Dichas variaciones cualitativas, han supuesto un incremento del precio de la obra en nada menos que en un 24,38% de lo previsto inicialmente. - Además, indica que dichos trabajos no se encontraban previstos en proyecto. -Concluye dicho peritaje que la Administración demandada debe abonar al contratista la cantidad de 622.641,24 €, por excesos de obra y unidades no previstas inicialmente en el Proyecto. Por tanto, todas las conclusiones a las que llegó, el único perito-técnico conocedor del objeto de *litis*, son muy lejanas a la que por el contrario se llega en la Sentencia ahora recurrida, a pesar de que supuestamente se basa en dicho informe pericial, y ello porque es fácilmente observable que las modificaciones del Proyecto fueron más que sustanciales, y ello a pesar de que la Administración demandada incumpliera su obligación de incluir dichas modificaciones en un Proyecto Modificado de las obras". Pero es que además, se ha de resaltar que la prueba pericial practicada en la instancia, no ha sido impugnada por la demandada, la cual ni siquiera ha solicitado prueba alguna que rebata el contenido de la misma, carga de la prueba que sin duda le corresponde. Por todo lo anterior, si se considera que la mencionada prueba pericial debe ser valorada como un documento privado, el Art. 326 de la L.E.C., determina que dichos documentos harán prueba plena en el proceso "cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen". En definitiva, si bien la revisión de la prueba está vedada al acceso casacional, lo cierto es que la valoración efectuada por el Tribunal *a quo* violenta las reglas de valoración de la prueba conforme a la sana crítica (si es que a dicha prueba se la considera como pericial) y de la prueba tasada (si es que se la considera como documental), por ser ilógicas y absurdas así como inverosímiles las conclusiones a las que llega". El Abogado del Estado señala que parece claro que, en tal apreciación, no existe arbitrariedad alguna, ni la misma es irracional o ilógica, por lo que siendo únicamente revisables las valoraciones de las pruebas que corresponde al Tribunal de instancia cuando adolezcan de tales vicios, merecerá decaer el motivo".

expresa el representante de la empresa y también se desprende de los cambios introducidos en el proyecto inicial como refleja el informe pericial aportado en el que se destacan determinadas alteraciones como la variante de Santo Domingo de la Calzada, o la de Grañón o el resto de las que enumera el informe, y, de entre ellas, la muy relevante que en ese documento se resalta del m² de fresado de mezcla bituminosa. Como ya expusimos todo lo anterior hubiera obligado a llevar a cabo un proyecto reformado que nunca se realizó pese a las sustanciales modificaciones que esas obras introducían en el proyecto inicial, pero aún así las obras se concluyeron a satisfacción de la Administración que las recibió y las abrió al uso público. Ese modo de proceder de la Administración muestra un enriquecimiento por su parte en perjuicio de la empresa contratista de las obras que altera el contenido patrimonial del contrato, y en esas circunstancias concurren las condiciones que la Jurisprudencia exige para entender que se ha producido el enriquecimiento injusto, como son que se haya producido una ventaja patrimonial por parte en este caso de la Administración del Estado, así como un paralelo empobrecimiento por parte de otra persona, en nuestro supuesto la empresa contratista, y, por último, que no exista causa o justificación fundada en Derecho para la producción de ese enriquecimiento. Todo lo anterior nos lleva necesariamente a la única posible conclusión que es la de la obligación de la Administración de satisfacer el importe de esas obras ejecutadas y no satisfechas a la empresa que las efectuó. Y ello porque precisamente la contienda suscitada entre las partes consistió en determinar si habían de pagarse o no unas obras ejecutadas no previstas y que la Administración consideraba que no había ordenado, y que fueron exigidas por la contratista al no aceptar la liquidación ofrecida por la Administración.

2.4.3. Casos que no son modificados de obras.

No todas los cambios que se producen en relación con la obra contratada merecen la calificación de modificado. De hecho en la Jurisprudencia del T.S., se han presentado varios casos en donde el Alto Tribunal ha tenido que deslindar bien el concepto de otros supuestos que debían ser excluidos.

No puede haber modificado si no se prueba la existencia de una insuficiencia de un proyecto. Recientemente¹⁶¹, un Dictamen del Consejo de Estado donde se trata de una

¹⁶¹ Ver, Dictamen del Consejo de Estado de 27 de Octubre de 2011. Número de expediente: 1543/2011 (FOMENTO). Referencia: 1543/2011. Asunto: Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: "Autovía del Cantábrico A-8. CN-634 de San Sebastián a Santiago de Compostela. Tramo: Tapia de Casariego-Barres". Provincia de Oviedo. (U.T.E. Tapia-Barres). Mediante escrito presentado el 26 de Agosto de 2009, el gerente de una U.T.E., solicita indemnización por importe de 4.856.925,19 €, más el IVA correspondiente. Considera que dicha cantidad procede por los daños derivados de la suspensión temporal de las obras y fragmentación de la ejecución de los trabajos impuesta por la dirección de obra (la suma de 2.125.340,38 €), las carencias del proyecto modificado que obliga a ejecutar nuevas unidades de obra (la suma de 1.210.563,10 €), y los gastos generales por el periodo de suspensión de obras (152.021,71 €). Las obras del tramo Tapia de Casariego-Barres de la autovía A-8 fueron adjudicadas a la U.T.E., reclamante por resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación del Ministerio de Fomento de 23 de Septiembre de 2005, por un importe de 22.194.068,23 € (con una baja del 27,24% sobre el presupuesto de adjudicación) y un plazo de ejecución de 23 meses; se incluía la cláusula de revisión de precios. El acta de comprobación de replanteo tiene lugar el 14 de Diciembre de 2005. Posteriormente, en 22 de mayo de 2008, se aprueba una modificación del contrato por importe de 4.412.832,49 €. Las obras fueron recibidas el 1 de Octubre de 2008, y en 15 de Julio de 2009 se aprueba la certificación final de las obras por importe total de 33.827.315,02 €, que incluye

reclamación en la que la contratista pretende una indemnización por dos grupos de motivos: de un lado por a su juicio, la insuficiente descripción en el proyecto de la obra de las unidades de obra, y de otro, por la demora en el ritmo de los trabajos que entiende ha sido debida a una suspensión de hecho de las obras. Funda su petición en el Art.144 T.R.L.C.A.P. Destaca la citada institución que “tal y como se pone detalladamente de relieve en el dictamen del Consejo de Obras Públicas y recoge acertadamente el informe de la Abogacía General del Estado, procede desestimar íntegramente la petición. En efecto, la contrata pretende en primer lugar que se habría producido una insuficiencia del proyecto en cuanto a la descripción de las unidades de obra; sin embargo, el dictamen del Consejo de Obras Públicas justifica técnicamente que no es así, y, en consecuencia, no cabe apreciar ninguna indemnización por este motivo, sin que, además, haya habido una prueba cierta y efectiva del posible daño ocasionado en esa hipótesis. De otro lado, se alega por la contrata que se habría producido una situación equivalente a una suspensión temporal parcial de hecho al haberse demorado el ritmo de los trabajos por razón de una deficiente planificación de la obra. La realidad sin embargo es muy distinta, pues como se pone de relieve en el dictamen del Consejo de Obras Públicas lo que se produjo realmente fue un incumplimiento por parte de la contrata de las disposiciones contenidas en el plan y programa de obra dictado por la dirección de obra, y una puesta insuficiente de medios personales y materiales para esa ejecución. Así pues se habría producido el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones conforme al Art. 95.1 de la Ley de Contratos. Por todo ello, y al no quedar acreditado ningún daño real y efectivo, procede desestimar la petición.

En relación con la distinción entre *ius variandi* y modificación de la cuantía que figura en una certificación de obras.

además un adicional de obra de 2.172.751,15 € y una revisión de precios por importe de 4.591.431,88 €. La suspensión temporal de las obras se acordó el 25 de mayo de 2007 y se mantuvo hasta el 29 de Enero de 2008, con ocasión de la aprobación del modificado número 1 de la obra. A juicio de la contratista esas circunstancias motivaron una suspensión de hecho parcial de las obras desde su inicio y una demora en el ritmo de ejecución de los trabajos. Respecto de estas circunstancias, el informe de la dirección de obras destaca que, efectivamente, se produjo una indisponibilidad de los terrenos que dio lugar a un acta de comprobación del replanteo fallida en 18 de Noviembre de 2005, y que el comienzo de las obras se demorase a la nueva acta, en 14 de Diciembre de 2005, aun cuando realmente se produjo el inicio real de las obras en Abril de 2006. Se añade que lo que se produjo fue un incumplimiento del plan y programa de trabajo por la contrata, y que el valor efectivo de los daños invocados por el contratista ascendencia a la suma de 30.241,11 €. En igual sentido se pronuncia la Demarcación de Carreteras y la Subdirección General de Construcción. En trámite de audiencia, la contrata reitera su petición. A su vista, se eleva propuesta de resolución parcialmente estimatoria para el pago de 30.241,11 €. Remitido el expediente al Consejo de Obras Públicas, considera en su dictamen que debe desestimarse íntegramente la petición de la contrata. En primer lugar, destaca que la demora de hecho en el inicio de las obras no es imputable a la Administración, pues se trataba de la falta del plan de seguridad y salud a aportar por la contrata. Seguidamente, y en cuanto a la paralización del ritmo de trabajos de la obra que el contratista considera debida a la topografía del lugar, estima el Consejo de Obras Públicas que no es así y que las decisiones de la contrata al llevar un ritmo más lento de la obra se corresponden a su ámbito empresarial y quedan por tanto bajo el riesgo y ventura que asume. Por otro lado, y en cuanto al siguiente ritmo lento de obras que afirma el contratista que se produjo, entiende el Consejo de Obras Públicas que no es en modo alguno imputable a la Administración, sino a los medios que la propia contrata dispuso, lo que llevó a una ejecución más lenta de la obra. Finalmente, considera que ni prueba la contrata el daño real que alega, ni puede la misma discutir las unidades de obras que ya se fijaron contractualmente.

En un asunto de 2003¹⁶², sobre unas obras de urbanización y pavimentación de unas calles de Teruel, se presentaron unas divergencias entre el contratista y la Administración, emitiéndose por segunda vez una sexta Certificación por parte de la Administración que redujo la cuantía de la misma a la suma de 1.722.600 ptas. El conflicto surge con relación al cumplimiento de un contrato de obra, en especial a la Certificación núm. sexta, teniendo en cuenta que extendida el 31 de Abril de 1995, la sexta Certificación por importe de 9.038.300 ptas., firmada por Arquitecto-Técnico, Arquitecto Director y conforme del contratista, la misma fue endosada el 10 de Mayo de 1995 y aprobada por la Comisión Municipal de Gobierno en fecha 18 de Mayo de 1995.

La Sentencia dictada el 14 de Febrero de 2001, por la Sección Tercera de refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., de Aragón estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Intagua, SA contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Teruel, la cual anula por no ser conforme al ordenamiento jurídico, manteniendo en todos sus términos la primera Certificación número sexta de fecha 31 de Abril de 1995 y aprobada el 18 de Mayo de 1995. La doctrina que fija la Sala entiende que la Administración debía de haber acudido a las manifestaciones y mediciones de los facultativos que expidieron la certificación adosada y la nueva aprobada, debiendo mantenerse la certificación aprobada en Mayo de 1995, a reserva de lo que pudiera resultar en definitiva, por cuanto que, a juicio de la Sala de instancia, ni se utiliza el procedimiento de revisión previa declaración lesiva, ni tampoco se acude a una medición definitiva. La representación procesal de la parte actora solicita de la Sala que se fije como doctrina legal la siguiente: «La posibilidad de revisar el importe de las Certificaciones de obra aprobadas para adecuarlas a la obra realmente ejecutada, sin necesidad de tener que impugnar ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, previa declaración lesiva, la resolución que las hubiere aprobado por error».

El T.S., analiza el recurso de casación en interés de la Ley¹⁶³ en interés de ley. En el caso examinado se postula como doctrina legal que se sustituya la declarada por la Sala

¹⁶² Ver T.S. de 28 de Enero de 2003, Ar.1507, Recurso de Casación núm. 3421/2001, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.

¹⁶³ Aclara el Supremo que es un recurso extraordinario que puede interponerse contra Sentencias firmes y cuya finalidad, respetando en todo caso la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida, consiste en fijar en el fallo, cuando fuese estimatorio, la doctrina legal aplicable al supuesto debatido. Ahora bien, para ello es necesario, por lo que interesa al caso examinado, no solamente que la Sentencia impugnada sea errónea, sino que se estime que el criterio que sienta es gravemente dañoso para el interés general. El grave daño para el interés general es un requisito indispensable para que pueda prosperar un recurso de casación en interés de la Ley y está en función de una posible repetida actuación de los Tribunales de instancia, al conocer casos iguales, que se suponen de fácil repetición, por lo que se trata de conseguir que el Tribunal Supremo, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida, fije la doctrina legal que en el futuro habrá de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten (como han indicado, entre otras, las S.S.T.T. de 11 de Mayo de 1983 [R.J. 1983, 2547] y 16 de Octubre de 1989). Es decir, tiene que ser razonablemente previsible la reiteración de actuaciones administrativas iguales a la que ha sido enjuiciada por la Sentencia impugnada en interés de la Ley o la existencia de un número importante de afectados por el criterio que se pide al Tribunal Supremo que altere, fijando la oportuna doctrina legal. También es necesario poner de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo añade a las causas de desestimación del recurso por considerar que no es gravemente dañosa y errónea la doctrina sentada por la Sentencia impugnada, un motivo de rechazo consistente en la existencia previa de doctrina legal sobre las cuestiones controvertidas cuando sobre un precepto ya existe una doctrina legal fijada y sobre la misma materia no hay necesidad de volver a

de instancia por la idea de que la Administración puede revisar el importe de las Certificaciones de obra aprobadas para adecuarlas a la obra realmente ejecutada sin necesidad de tener que impugnar ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, previa declaración de lesividad, la resolución que las hubiere aprobado por error. La Sentencia recurrida consideraba que el Ayuntamiento no podía cambiar el contenido de una Certificación de obras aprobada por la Corporación sin recurrir a la declaración de lesividad, con lo que la nueva Certificación que modificaba la anterior tenía que ser declarada nula, razonándose que la invariabilidad y la limitación de la corrección de los actos administrativos es contraria a la potestad modificatoria de los contratos que permite la legislación contractual en supuestos que no rebasan los límites cuantitativos previstos o su modificación esencial en este tipo de obras, pero entendemos que éste es un argumento reiteradamente reconocido por la jurisprudencia de esta Sala, partiendo de que una cosa es el *ius variandi* reconocido legalmente en la contratación administrativa que hace posible la variación del contrato de obras y otra cosa es la modificación de una Certificación de obra aprobada por la Corporación en función de unos informes técnicos, como sucede en la cuestión examinada. La doctrina que pretende fijar el recurso de casación en interés de ley ha sido ya reiteradamente fijada por la jurisprudencia de esta Sala al subrayar que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de las certificaciones de obras derivadas de la contratación administrativa y aun aceptando, incluso en los supuestos, como aquí sucede, que aquéllas sean legítimamente endosadas a favor de un tercero, lo que comporta, entre otros efectos, que al endosatario pueda oponérsele toda la problemática conectada con el contrato causal habido entre el endosante y la correspondiente entidad pública, es evidente que la realidad del desarrollo y ejecución de las obras pactadas que, ciertamente, puede ser desvirtuada mediante la práctica de la oportuna prueba tendente a la demostración de la falsedad de los datos contenidos en aquéllas y sin perjuicio de las consecuencias dimanantes de tratarse de abonos a buena cuenta y de las reservas pactadas en torno a la recepción definitiva, pues las Certificaciones tienen el carácter de pagos provisionales a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final. Así, la Sentencia dictada por la Sala Tercera de este Tribunal de 18 de Julio de 1990 (R.J. 1990, 6600) reconoce el auténtico carácter que tienen las Certificaciones de obras de «anticipos o pagos a buena cuenta», con un marcado carácter de provisionalidad, que «por sí solo, ni vinculan a la Administración, ni suponen aprobación o resolución de la obra» (SS.TS, de 4 de Junio de 1964 [R.J. 1964, 3729] y 10 de Octubre de 1980 [R.J. 1980, 3891] entre otras), estableciendo expresamente la primera de estas Sentencias que «la expedición de certificaciones sucesivas de la obra, realizadas a efecto de su abono, dentro del cuadro de pagos a buena cuenta de la contrata, en modo alguno constituye un acto propio que vincula a la Administración a admitir por anticipado, y de modo definitivo, los valores representados por las entregas y las obras a que correspondan» y el contratista sólo tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, por lo que cuando se demuestra que la obra efectivamente realizada no

establecer tal doctrina porque ya está fijada, el recurso de casación sería rechazable ya que éste tiene como única y exclusiva finalidad la de fijar la doctrina legal procedente, dejando intacta la situación jurídica particular derivada del fallo recurrido, cumpliendo así este recurso una función nomofiláctica que no tiene como objetivo la resolución de un conflicto ni la tutela de un derecho en interés jurídico controvertido, sino que persigue velar por la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, complementando la obra del legislador con ocasión de un conflicto intersubjetivo resuelto y cuya solución permanece cualquiera que sea la suerte del recurso de casación en interés de Ley”.

coincide con la expresada en la certificación de obras, ni en la liquidación de las mismas, confeccionada por la dirección facultativa y el contratista, habrá que estarse a la que verdaderamente se hubiese producido. Igual criterio se mantiene en la Sentencia dictada el 15 de Junio de 1999, en el recurso de casación 8803/1994 (R.J. 1999, 6449) al reconocer que el Art. 142 del R.G.C.E., de 1975, señala que el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, en los términos previstos en el Art. 47 de la L.C.E. y es de tener en cuenta que corresponde a la Administración, expedir las Certificaciones que correspondan a la obra ejecutada. Estas certificaciones tienen el concepto de pago provisional a cuenta y están sujetas, en los términos del Art. 145.2 del Reglamento, a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, pues la aplicación conjunta de los Arts. 142 y 144 del Reglamento de Contratación del Estado, permite constatar que constituyen un título de crédito a favor del Contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio. Finalmente, interesa subrayar que la Sentencia de 26 de Junio de 2000, (R.J. 2000, 6702 última cifra puede estar equivocada) dictada por la Sección Quinta de la Sala Tercera de este Tribunal al resolver el recurso de casación 173/1996, también en materia de contratación administrativa y en el particular punto de la posible acción de lesividad, considera que en un supuesto en el que se producen variaciones contractuales, no estamos en presencia de un acto administrativo declaratorio de derechos, puesto que lo mismo que para su celebración se requiere el concierto de voluntades sobre la base de pactos y cláusulas no puede hablarse, en este caso, de una imposibilidad jurídica de la Administración de revocar sus propios actos sin previa declaración de lesividad de los mismos, pues se trata de una simple modificación o novación que en aquel caso afectaba a una cláusula contractual y en este caso afecta a un acto de carácter provisional, cual es la Certificación de obra sujeta a constante modificación o variación.

El tema de que no es un modificado, un cambio en un certificado de obra para rectificar un error, también se encuentra en otro asunto de 2003¹⁶⁴. El Ayuntamiento de Teruel defendió "la posibilidad de revisar el importe de las Certificaciones de obra aprobadas para adecuarlas a la obra realmente ejecutada, sin necesidad de tener que impugnar ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, previa declaración de lesividad, la resolución que las hubiere aprobado por error". La doctrina que fija la Sala entiende que la Administración debía de haber acudido a las manifestaciones y mediciones de los facultativos que expidieron la certificación adosada y la nueva aprobada, debiendo mantenerse la certificación aprobada en Mayo de 1995, a reserva de lo que pudiera resultar en definitiva, por cuanto que, a juicio de la Sala de instancia, ni

¹⁶⁴ Ver, S.T.S. de 28 de Enero de 2003, Ar.1507, N° de Recurso: 3421/2001, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS. Se trataba en este caso de unas obras de urbanización y pavimentación de unas calles de Teruel. Al existir divergencias entre el contratista y la Administración, se emitió por segunda vez una sexta Certificación por parte de la Administración que redujo la cuantía de la misma a la suma de 1.722.600 ptas. La Sentencia dictada el 14 de Febrero de 2001, por la Sección Tercera de refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón estimó el recurso interpuesto por Intagua, S.A. contra la resolución indicada dictada por el Ayuntamiento de Teruel, la cual anuló por no ser conforme al ordenamiento jurídico, manteniendo en todos sus términos la primera Certificación número sexta de fecha 31 de Abril de 1995, y aprobada el 18 de Mayo de 1995, la sexta Certificación por importe de 9.038.300 ptas., firmada por Arquitecto- Técnico, Arquitecto Director y conforme del contratista, la misma fue endosada el 10 de Mayo de 1995 y aprobada por la Comisión Municipal de Gobierno en fecha 18 de Mayo de 1995.

se utiliza el procedimiento de revisión previa declaración de lesividad, ni tampoco se acude a una medición definitiva. El Supremo apunta lo siguiente: “La Sentencia recurrida consideraba que el Ayuntamiento no podía cambiar el contenido de una Certificación de obras aprobada por la Corporación sin recurrir a la declaración de lesividad, con lo que la nueva Certificación que modificaba la anterior tenía que ser declarada nula, razonándose que la invariabilidad y la limitación de la corrección de los actos administrativos es contraria a la potestad modificatoria de los contratos que permite la legislación contractual en supuestos que no rebasan los límites cuantitativos previstos o su modificación esencial en este tipo de obras, pero entendemos que éste es un argumento reiteradamente reconocido por la jurisprudencia de esta Sala, partiendo de que una cosa es el *ius variandi* reconocido legalmente en la contratación administrativa que hace posible la variación del contrato de obras y otra cosa es la modificación de una Certificación de obra aprobada por la Corporación en función de unos informes técnicos, como sucede en la cuestión examinada”.

Explica el Supremo en el caso del Pabellón municipal de Almería¹⁶⁵ que la simple contemplación de los hechos nos pone de manifiesto qué nos encontramos ante una situación compleja y anómala, ya que aquí ni estamos en presencia de una modificación de las obras comprendidas en el proyecto que por contratación directa fue adjudicado, “ni se trata de un exceso de obra sobre la contratada, sino que, lo que se ofrece a nuestra contemplación es que las únicas obras ejecutadas por el contratista no se corresponden con las partidas del proyecto”; extraña situación motivada sin duda alguna por la conducta seguida por ambas partes contratantes, ya que si por un lado es cierto que el contratista Señor Gabriel que expresamente tiene reconocido conocer perfectamente el proyecto y la parte de obra del mismo ya realizada, realizó obras que aunque ordenadas por el Arquitecto Municipal estaban, evidentemente fuera del proyecto que se le había adjudicado y que después por el impago de la certificación por su importe, librada paralizó las obras, contraviniendo con ello lo dispuesto en el Art. 56 del R.C.C.L. que imperativa y categóricamente declara que en ningún caso, ni aún por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato.

Tampoco existe modificación del contrato de obra en un caso de desistimiento parcial de unas obras y adjudicación directa de otras distintas como queda patente en una Sentencia de Junio de 1985¹⁶⁶. Explica el T.S., que «G. N. C., S. A.», en el recurso

¹⁶⁵Ver S.T.S. de 21 de Noviembre de 1981, Ar.5267, Ponente: D.RICARDO SANTOLAYA (Caso Pabellón municipal de Almería).

¹⁶⁶ Ver S.T.S. de 24 Junio 1985, Ar.5685, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Gordillo García. «G. N. C., S. A.» era adjudicataria de las obras de mejora y ampliación del abastecimiento, distribución y saneamiento de Logroño, un proyecto formulado y contratado por la Dirección General de Obras Hidráulicas, aunque con aportación municipal mayoritaria; y como dicho proyecto no comprendía las acometidas a los edificios, a las que no se extendía la subvención estatal, el Ayuntamiento acordó su realización en el casco antiguo en sesión de 1 de Octubre de 1976, por un presupuesto total de 47.108.395,81 ptas., que fue financiado, después de ponderarse distintas fórmulas, mediante un préstamo del Banco de Crédito Local; y en el mismo acuerdo, dado el carácter complementario de las obras en las acometidas, se adjudicaron directamente a «G. N. C., S. A.», con obligación de ejecutarlas simultáneamente a las del proyecto principal; finalmente, en el proyecto de contrato para la adjudicación -la ulterior escritura no se ha aportado a los autos- se fijaba un interés de demora del 7% anual en favor del contratista. Que en 1979, al aceptar la Confederación Hidrográfica del Ebro que no se renovara totalmente la red de saneamiento del casco antiguo, cuando sólo se había certificado algo más de 9.000.000 de ptas., en las obras de las

de apelación interpuesto por la referida Sociedad, aduce que recibidas provisionalmente las obras por el Ayuntamiento de Logroño sin hacer reserva alguna con fecha 7 de Mayo de 1982, mediante la correspondiente acta, y abonadas todas las certificaciones con absoluta normalidad por la citada Corporación Municipal, la única cuestión que resta por debatir ante el T.S., es la relativa al derecho a la revisión de precios de la totalidad de las partidas contratadas calculando la misma respecto de la fecha de la oferta inicial en Marzo de 1976, con arreglo a lo solicitado en el escrito de demanda; alegaciones que no desvirtúan los razonamientos recogidos en los considerandos de la Sentencia recurrida -aceptados en su integridad por esta Sala- en los que se efectúa una adecuada apreciación de los hechos objeto del debate y se aplican también rectamente los preceptos atinentes al caso del pleito; debiendo significarse, al decidir este recurso de apelación, que -como ya se proclama con acierto en el tercer considerando de la Sentencia apelada- «la actuación municipal en el supuesto litigioso no comportaba al ejercicio de variar o modificar las prestaciones contractuales conforme a lo previsto en los Arts. 53 y 54 del R.G.C.L, sino simplemente el desistimiento parcial de unas obras y la realización de otras por completo diferentes», que no habían sido proyectadas con anterioridad y que son las comprendidas en los Capítulos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Proyecto técnico aprobado por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Logroño de 6 de Abril de 1979 -impugnado en los presentes autos- las cuales se declaran de urgencia y se adjudican mediante contratación directa a la Empresa «G. N. C., S. A.», en la misma resolución municipal con sujeción al proyecto de contrato formulado por el Secretario General con fecha 29 de Marzo de 1979, que en su Cláusula 2.ª apartado b) expresa, lógicamente, que en la revisión de precios para esas nuevas obras servirá de base la citada fecha, ya que con anterioridad no habían sido siquiera proyectadas; lo que también excluye la posible aplicación de los Arts. 150 del R.G.C.E., de 25 de Noviembre de 1975, y 7.º del Decreto de 11 de Marzo de 1971, invocados por la apelante en su escrito de alegaciones en esta segunda instancia- ya que no se trata, como se indica, de modificaciones a un proyecto sino de la adjudicación a «G. N. C., S. A.» por contratación directa de la ejecución de unas nuevas obras hasta entonces no proyectadas.

acometidas y las inversiones por las de saneamiento serían ya menores a las previstas, la Corporación aprobó el 6 de Abril un proyecto denominado de «modificación de acometidas, complementario del de mejora y ampliación que ya lo estaban del abastecimiento, distribución y saneamiento» de Logroño, por un importe de 47.075.403,84 ptas., no obstante su denominación, este nuevo proyecto versaba, sin duda alguna, sobre obras distintas a las adjudicadas el 1 de Octubre de 1976, pues estaba principalmente referido a los depósitos y estación depuradora de aguas, con creación de un laboratorio, aunque en él se mantuvieran dos capítulos para acometidas, con un importe conjunto de 15.418.963,45 ptas., y para la financiación del nuevo proyecto se aplicaba el anterior préstamo del Banco de Crédito Local. Que por las mismas razones que la vez anterior, el acuerdo de 6 de Abril de 1979, adjudicaba las nuevas obras -no los capítulos sobre acometidas, que ya lo estaban a «G. N. C., S. A.»-, por un importe de 29.160.117,40 ptas., y con sujeción a otro contrato formulado por el Secretario de la Corporación, que refería al 29 de Marzo de 1979, la revisión de precios para las nuevas obras, reiteraba su ejecución simultánea a las del proyecto principal y el 7% de interés de demora; esta vez no se otorgó escritura pública, pero la empresa hoy demandante dio su conformidad escrita al proyecto e inició seguidamente las obras, aunque interpusiera también la reposición origen de estos autos. El Ayuntamiento de Logroño, por acuerdo de fecha 6 de Abril de 1979, aprobó el Proyecto Técnico Modificado de Acometidas, complementario de la Mejora y Ampliación del Abastecimiento, Distribución y Saneamiento de dicha ciudad; e interpuso recurso de reposición por la entidad «G. N. C., S. A.», fue desestimado tácticamente por silencio administrativo. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «G. N. C., S. A.», la Sala de la Audiencia Territorial de Burgos, en Sentencia de 20 de Diciembre de 1982, lo desestima.

Un asunto de 2005¹⁶⁷, nos permite abordar el problema consistente en que los planos no definan suficientemente la unidad a ejecutar o su ubicación, con lo cual el contratista tiene que recibir la pertinente información en el momento de la comprobación del replanteo y en todo caso con antelación suficiente para poder construirla. El proyecto inicial que tenía que definir las obras a ejecutar no las precisaba en realidad. Señala el T.S. que “propiamente en este caso no puede decirse que haya habido una variación con relación a los planos, sino de una indefinición de la obra (en negrilla en la Sentencia de instancia)¹⁶⁸. Tras advertir que resulta incontrovertible la imposibilidad de revisar en sede casacional el resultado de la prueba salvo que fuere irracional o arbitrario, en cuyo caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgar a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica o contraviniera las reglas de la prueba tasada, señala que acoge la Sentencia de instancia lo vertido por el perito y añade: “Destaca incluso en negrilla la afirmación de que hubo indefinición de la obra que justifica en determinadas unidades debidamente identificadas. No estamos, pues, ante una interpretación arbitraria o carente de apoyo. Antes, al contrario se justifica en el prolijo dictamen pericial. Pero, además es un hecho que se evidencia del propio actuar administrativo que necesitó un "Proyecto modificado provisional" y un "Proyecto modificado definitivo" tras la confección del Proyecto inicialmente confeccionado y presupuestado. Se trata, por tanto de una declaración fáctica que no puede ser modificada en sede casacional máxime cuando no se evidencia irracionalidad ni arbitrariedad en tal conclusión respecto de la que discrepa la administración recurrente. Su pretensión es introducir aspectos parciales del dictamen mediante una interpretación distinta que reputa más favorable a sus intereses. Sin embargo no puede llevarse a cabo en el recurso de casación que debe respetar los hechos declarados probados por la Sentencia de instancia. Ciertamente de forma parca por la aquí impugnada mas no por ello inexistentes”.

Este supuesto nos permite plantear la duda de si debe ser diferenciado del caso de los errores o imprevisiones en los planos o proyectos que justifican la modificación de la obra, como veremos más abajo, pero es buena muestra del grave problema con el que nos enfrentamos.

¹⁶⁷ Ver S.T.S. de 9 de Marzo de 2005, Ar.9095, N° de Recurso: 4267/2001, Ponente: D^a. CELSA PICÓ LORENZO.

¹⁶⁸ Añade el Tribunal: “De las observaciones que hemos hecho se deduce que este caso es frecuente en esta obra por lo menos en las unidades 45, 80, 81, 82, 85, 87, 276, 545, 770, 771 y 780. Conforme a dicho aspecto queda claramente demostrado un efecto imputable a la Administración contratante que estableció un precio de contrato sobre un objeto impreciso, que revela el carácter alzado del mismo, y por tanto su obligación de responder de la concreción final que pueda probarse en cuanto a lo precisamente ejecutado”. Mantiene que si se repasan los precios propuestos por el perito solo hay una en la que propone modificar, la 276, por lo que resulta improcedente el aumento de precio en 270.000.000 ptas. ya que el dictamen solo sirve de soporte a 210.273 ptas. Motivo cuadragésimo quinto considera irracional llevar al fallo las consecuencias económicas del cómputo de los conceptos menoscabo utilización maquinaria y "suplemento puesta en obra" según aparecen reseñados en el Anejo 1, apartado 1, de las aclaraciones al informe pericial cuando no se explica en la Sentencias las razones de su repercusión. A todos ellos muestra su oposición la parte recurrida invocando la reiterada doctrina (S.S.T.S. 14 de Enero y 4 de Febrero de 1995) acerca de que la valoración no es cuestionable en casación así como que, en realidad, pretende una nueva valoración de la prueba”.

En coherencia con lo anterior tampoco constituyen un modificado, las actuaciones que son previsibles a partir de las unidades de obras que constan en el proyecto. Cabe citar aquí el caso Corviam, S.A.¹⁶⁹. Destaca el Supremo que impugna la Empresa el

¹⁶⁹ Ver S.T.S. de 16 de Febrero de 1987, Ar.3193, Ponente: D.MANUEL GARAYO SÁNCHEZ. La Empresa Corviam, S.A., interpuso recurso de reposición, fue desestimado por acuerdo de la indicada Diputación Foral de 7 de Abril de 1983. Corviam, S.A. interpuso contra los anteriores actos recurso ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Pamplona, que dictó Sentencia estimando en parte el recurso declarando que la citada Diputación debe abonar a la Entidad recurrente las cantidades por excesos inevitables de excavación en roca, por rellenos de excesos a precio de terraplén y por explanada mejorada a precio de tal, la cantidad global y redondeada de 598.894 ptas. Que en el presente recurso jurisdiccional hay que dilucidar si están o no ajustados al Ordenamiento jurídico los acuerdos de la Diputación Foral de 20 de Enero y de 7 de Abril de 1983, el segundo denegatorio de la reposición formulada contra el primero, por los que se rechazó la reclamación presentada por la recurrente, sobre abono a la misma de ciertas cantidades por determinados conceptos, con motivo de la ejecución de la obra denominada "Acondicionamiento y mejora de firme en la carretera de Estella a Navascués, tramo Lombier-Domeño", de la que fue contratista adjudicataria la actora, y cuya reclamación abarca los siguientes aspectos que habrán de ser examinados: a) excesos inevitables de excavación en roca; b) rellenos de esos excesos; c) excavación y terraplenado en taludes antiguos; d) explanada mejorada a su precio y no al de terraplén. Que por excesos inevitables de excavación en roca la recurrente reclama un espesor de 15 centímetros, lo que supone 1.146,187 m³, que al precio unitario de 220 ptas., representan 252.161,14 ptas.; reclamación que hay que estimar procedente en virtud de lo siguiente: a) Porque del informe pericial emitido se deduce que la medición es correcta, y también hay que entender que ha sido implícitamente aceptada, pues en el informe del Ingeniero Jefe, con ocasión de la reclamación, lo único que se opone es que la Dirección de la Obra, es decir, la Administración, no los ha calificado o apreciado como inevitables, con lo que se está admitiendo que ha existido el exceso de excavación en roca; b) Porque si bien es cierto que en el Pliego de Condiciones de la obra, se expresa que sólo se abonarán los excesos que se consideren inevitables por la Administración, es decir, por la Dirección de la obra, que fue asumida por los Técnicos de la Diputación, también lo es que en el presente caso hay que entender que el exceso reclamado fue inevitable, por cuanto: 1.º Del Informe pericial se desprende que si el replanteo y la voladura hubieran sido óptimos, el exceso sería inevitable; y en el presente caso no hay razón para dudar de que tales circunstancias no se hubieran dado, ya que, a tenor del Pliego de Condiciones, la Dirección de la obra tenía que comprobar el replanteo, aunque con la presencia del adjudicatario, y asimismo correspondía al Director de la obra o Ingeniero de Construcción dar las instrucciones especiales complementarias para el empleo de los explosivos; 2.º Porque el perito también indica que un espesor medio de exceso de excavación inevitable en roca, de 15 centímetros, que es lo reclamado, es técnicamente razonable, teniendo en cuenta los métodos habituales de voladura cuando se adjudicaron las obras. Que en lo concerniente a los rellenos de esos excesos de excavación, hay que estimar que también son abonables en virtud o como consecuencia de todo lo que se acaba de exponer, surgiendo en este aspecto la cuestión de su valoración, que ha de ser decidida en el sentido de valorarlos a precio de terraplén, como material adecuado de relleno, al no existir elemento alguno de juicio del que pudiera deducirse la necesidad de empleo de material superior propio de explanada mejorada; por lo que la cantidad que debe abonarse a la recurrente queda concretada en la de 114.618,70 ptas., es decir, 1.146,187 m³ por el precio unitario de 100. Que la reclamación de 2.175,811 m³ de excavación en escalonado y de terraplenado en taludes antiguos, con el fin de obtener anchuras de trabajo para la maquinaria, no son abonables, ya que tales escalonamientos, que suponen excavación y terraplenado, no están, según indica el informe pericial, en los planos, ni medidos ni valorados en el presupuesto, pero como quiera que los perfiles transversales del proyecto imponían su realización, esos trabajos tuvieron que ser tenidos en cuenta por la contratista, o debieron serlo, al formular su oferta económica; reconociendo la recurrente en sus conclusiones la falta de definición en los planos de los repetidos escalonamientos, así como la inexistencia de medición y de valoración de los mismos en el presupuesto, que quiere explicar achacándolas a error de omisión, lo que no es admisible. Que también se reclama el importe de 577,040 m³ de relleno, al precio de explanada mejorada y no al precio de terraplén como fueron abonados, cubicaje que está admitido por las partes, el cual se abonó a precio terraplén, es decir, al unitario de 100 ptas., lo que supuso un total de 57.704 ptas.; pero reconocido por el Ingeniero Jefe en su informe que, al no encontrarse materiales de terraplén en la zona, tuvo que realizarse el relleno con material de mejor calidad, similar al de explanada mejorada, es obvio que debe abonarse la diferencia, ya que no sólo fue

contenido del Considerando cuarto de la Sentencia de instancia en cuanto desestima la reclamación de abono por los 2.175.811 m³ de excavación de escalonado y de terraplenado en taludes antiguos con el fin de obtener anchuras de trabajo para la maquinaria, impugnación que fundamenta en el informe del Perito procesal que reconoce la necesidad de tales obras, pretendiendo desvirtuar la conclusión del mismo con cita de las previsiones recogidas en el Pliego de Condiciones y de las Sentencias de esta Sala afirmativas de la obligación de abono de las obras realizadas en atención al equilibrio económico que su no pago produce ante las partes, mas en este caso no puede hablarse de equilibrio económico porque el perito razona que "aunque los escalonamientos mencionados sean necesarios a efectos de abono, lo cual no implica que el contratista no cobre por ellos, sino que al hacer su oferta económica en el concurso de adjudicación de obra ha tenido que incluir el coste de dicha unidad de obra puesto que dispone de los perfiles transversales del Proyecto en los que debía prever la necesidad de ejecutar tales escalonamientos, no habiendo existido mediciones de dicha unidad durante la obra" criterio compartido por esta Sala que tiene declarado que para el derecho al abono de las obras no contempladas en la contrata es preciso que éstas se manifiesten como no previsibles, no teniendo este carácter y siendo de cuenta del contratista la habilitación del terreno para facilitar la utilización de la maquinaria.

No es un modificado el hecho de que el acta de replanteo recoja un cambio previamente operado en el proyecto original al producirse el acto de adjudicación, según un asunto de 1987¹⁷⁰. El T.S. acepta los Considerandos de la Sentencia apelada. Pero en

necesaria su colocación, sino que contó también con la aquiescencia de la Dirección de la obra, según se desprende del aludido informe. La empresa constructora impugna los pronunciamientos de la Sentencia apelada referentes a la partida "relleno de los excesos inevitables de excavación en roca" porque fija el importe de la indemnización por este concepto en atención al precio de terraplén 100 ptas., metro³ y no de explanada mejorada 245 ptas., tonelada "por no existir elemento de juicio alguno del que pudiera deducirse la necesidad de empleo de material superior propio de la explanada mejorada" lo que pretende rebatir la parte en atención a las definiciones que el Pliego de condiciones da de la explanada mejorada y la afirmación de que "el relleno con material aprobado de los excesos de excavación en roca se aprobara si procede, de la misma forma que la unidad de explanación y/o afirmado, correspondientes a la naturaleza del material utilizado", interpretando como tácito reconocimiento que el Ingeniero Jefe de las obras no negara el empleo de tales materiales y que la misma Sala en su Considerando 5.º al tratar de relleno de 577.040 metro³ estimara que al no encontrarse material de terraplén en la zona tuvo que realizarse con relleno con mejor calidad similar al de explanada mejorada, mas tales argumentos no pueden acogerse porque el Ingeniero de Caminos que interviene como Perito procesal en 1.ª instancia afirma taxativamente que por material adecuado ha de entenderse el de terraplén por tratarse de una zona de coronación inmediatamente debajo del firme; porque el oficio en 3 de Junio de 1981, que dirige el Ingeniero Técnico al Ingeniero Jefe de Obras afirma que en ningún momento se dio la orden de que tenía que ser material mejor que el de terraplén y porque del considerando 6.º se deduce que el material que se emplea normalmente no es otro que el de terraplén, no teniendo relevancia ni implica contradicción a los efectos de este apartado la afirmación de no existir en la zona material de terraplén, empleando la palabra zona en sentido limitado, reducido al lugar donde se realizaba la explanación concreta, como se pone de manifiesto del examen del apartado A) b) del Fundamento de Decreto segundo de la demanda en relación con el tercero b).

¹⁷⁰Ver S.T.S. de 28 de Julio de 1987, Ar.7689, PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio. La empresa "Electricidad Amaro, SA.» formuló al Ayuntamiento de Muel (Zaragoza) una reclamación de cantidad por un total de 8.336.126 ptas., por diferencia no satisfecha derivada de las obras de alumbrado público de dicha localidad, realizadas por la actora y que se corresponde con los excesos de obra, consecuencia con las mejores técnicas acordadas por las partes al momento de replanteo de la obra que fueron recogidas en el Acta levantada y suscrita por el Alcalde de la localidad, representante de la contratista y Director de la obra, en virtud del acuerdo adoptado por dicho Ayuntamiento el 20 de

Septiembre de 1980, aprobando el proyecto de alumbrado público, y el de 22 de Noviembre de 1982, por el que se adjudicaban dichas obras a la Entidad reclamante, siendo desestimada presuntamente la reclamación formulada, por silencio del deudor. Contra los anteriores Acuerdos por "Electricidad Amaro, SA.» se interpuso recurso ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que dictó Sentencia de fecha 30 de Septiembre de 1985, desestimando el recurso. En este Acuerdo se hace constar el pronunciamiento segundo "que en dicho precio los materiales a colocar serán de primerísima calidad y necesarios en forma global para su adaptación y correcto funcionamiento con el nuevo sistema de luminarias, tipo D2 de 150 W, Sodio Alta Presión, con reductor de flujo en Carretera y el resto de la población el mismo aparato en SAP. y reductor de 70 W. Obra en el expediente un escrito de Electricidad Amaro de complemento de oferta de fecha anterior -14 de Febrero- en el que sugería una solución económica a las modificaciones que el Ayuntamiento había ya solicitado ofreciendo una cantidad a añadir a la oferta inicial -que se había concretado en 9.125.750 ptas., de 1.207.900 ptas., por la colocación de lámparas de Sodio Alta Presión y reductores de flujo. Esta ampliación por variantes derivadas de esta novación del mercado electrónico fue atendida también por las demás empresas que habían concurrido al concurso. Con fecha 28 de Febrero de 1983, en presencia del Alcalde de Muel, el Director de la Obra y el representante de "Electricidad Amaro" que la suscribieron, se levantó Acta de replanteo de las obras del siguiente tenor. "Antes de comenzar el replanteo, el Alcalde comunica a la Dirección Técnica al tratarse como se ha dicho de mejoras: Cambio de luminarias por DZ, elementos necesarios para este tipo de aparato, reductor de flujo y Secciones de conductor. Al término del replanteo han salido dieciséis puntos de luz más, todo lo cual será sujeto a mediciones al término de la obra no encontrando mayores inconvenientes se acuerda el comienzo de las obras a partir de esta fecha". Por la dirección técnica de la obra se presentó certificación 3.ª o final por un valor de 21.016.309 ptas., de las que deducidas las dos primeras certificaciones y la cantidad complementaria satisfecha dejaba reducido el saldo reclamado a la cantidad de 8.336.126 ptas., que es la pretensión económica de la actora en este recurso. Que de la lectura y cotejo de este acto adjudicatario, con el Acta de Replanteo, se infieren que ésta era ratificación del Acuerdo de adjudicación; la única diferencia en la literalidad de los términos empleados se contrae a los "elementos necesarios para este tipo de aparato" y "Secciones de conductor" a que se refiere el Acta y que no figuran en el Acuerdo de adjudicación más los 16 nuevos puntos de luz, que luego se convierten en 21. Con respecto a éstos en los que hay concordancia en que se instalaron modificando el efecto del Acuerdo Municipal, su cobertura económica se practicó mediante el abono de 1.438.838 ptas., que además de las dos primeras certificaciones de 4.975.629 ptas., la 1.ª y de 6.265.721 ptas., la 2.ª, percibió el contratista según propia confesión del interesado representante de "Electricidad Amaro", don Humberto, que al absolver la última de las posiciones que le fueron formuladas, relativa a la certidumbre de que la cantidad de 1.438.838 ptas., que le abonó el Ayuntamiento de Muel al margen de las certificaciones, correspondía a los puntos de luz instalados de más en relación con el proyecto inicial, manifestó ser cierto que le fue satisfecha al haber quedado algunos puntos de sombra que fueron rectificadas y ampliadas, previas las pruebas correspondientes...", cantidad que fue hecha efectiva por talón contra cuenta corriente del Ayuntamiento en la Caja de la Inmaculada. Que en cuanto a los "elementos necesarios para las nuevas luminarias y las secciones de conductor que no se concreten en el replanteo, no aparece que añadan nada nuevo al Acuerdo de Adjudicación que contempla la genérica modificación al sistema de sodio alta presión que constituía la razón de ser de la alteración del primitivo proyecto inicial y que preveía "en forma global" la existencia de los materiales necesarios para el correcto funcionamiento. De lo dictámenes periciales se deriva que entre aquél y las obras realmente ejecutadas existen importantes diferencias técnicas consistentes como más destacables en la instalación de las lámparas, reductores y puntos de luz -supuesto éste cuyo abono como antes se razonara ya está justificado- que tales modificaciones mejoraron inicialmente el proyecto técnico pasándose de un flujo luminoso de 1.571.300 lúmenes a 2.148.700 debido al cambio de lámparas de sodio y nuevos puntos de luz; que las certificaciones de obra corresponden a una instalación de alumbrado del tipo de las señaladas en el Acuerdo de adjudicación (DZ, 150 WV SAB en carretera y DZ de 70 W V SAP en el resto del pueblo) llevando todos incorporado el reductor de flujo; que las modificaciones efectuadas en el alumbrado y las previstas en el proyecto, son prácticamente inexistentes en elementos de subestaciones, conductores, etc. que el cambio en el sistema de conductores por distribución trifásica 380 más N, de acuerdo con la Unión de Eléctricas Reunidas de Zaragoza no influye de forma importante en las costas, que la obra realmente ejecutada y lámparas instaladas se hallan incluidas en las modificaciones del Acta de replanteo (de los Informes del Perito Doctor Ingeniero Industrial, especialista en Electricidad nombrado por el Colegio a instancia de las partes en el período probatorio) quien terminó, por afirmar que "las instalaciones de

el supuesto de estos autos, ocurre que no hay base bastante para pensar que el acta de replanteo implicaba una modificación de las características objetivas del contrato litigioso, tal como quedaron definidas no en proyecto original sino en la modificación llevada a cabo en el acuerdo de adjudicación de 22 de Febrero de 1983. La extensa argumentación de la Sentencia apelada permite resolver el problema sin más que añadir dos observaciones: a) Adjudicado el contrato litigioso por Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 22 de Febrero de 1983, no resulta en modo alguno presumible que al extenderse el acta de replanteo seis días después -28 de Febrero de 1983, se hubiera ya ejercitado el *ius variandi*. b) La propia redacción de dicha acta resulta sumamente expresiva: "El Alcalde comunica a la Dirección Técnica...»; es decir, no es al contratista a quien se le dice que el proyecto originario había sido modificado - lo sabía perfectamente tanto por las actuaciones que precedieron a la adjudicación, como por la

alumbrado reflejadas en las certificaciones se adecúan a la aplicación del Acuerdo municipal del Proyecto Técnico original, pero aumentando en 20 el número de puntos de luz 4 de los cuales son faroles decorativos y tres son luminarias modelo EZ" conclusión, a la que llega igualmente el dictamen emitido por la Sociedad Coín SE. de Ingeniería visado por el Colegio de Ingenieros Industriales y aportado por la representación municipal al afirmar que "no está justificado a nuestro leal saber y entender el aumento en casi un 100 por 100 de la Certificación Final presentada por el Técnico Director de la Obra, ya que la única diferencia entre el Proyecto y la Instalación es de pasar de 237 puntos de luz a 258 instalados aunque con una diferencia entre las potencias totales proyectadas e instalada muy pequeña. La variación de lámparas de mercurio del Proyecto a lámparas de Sodio ya está aceptada por el Instalador en el momento de la adjudicación..." por lo que concluye afirmando no existir a su juicio ninguna razón que justifique variación de los precios aceptados por ambas partes en la adjudicación de las obras. Por su parte el testigo ex Alcalde de Muel, en el ejercicio de tal cargo al acordarse y replantearse la obra, reiteró que por el Ayuntamiento que a la sazón presidía, no se acordó en el Acta de replanteo -presente en el mismo- obra distinta de la que consta en el Acuerdo de adjudicación con excepción de los 21 puntos de luz. Que de estos informes periciales especialmente el del Ingeniero en período probatorio, con la objetividad que le da su imparcial designación y de las pruebas, documentales, confesión y testificales apreciadas con arreglo a la sana crítica al amparo de los Arts. 632 y 659 de la Ley procesal civil, no se viene en conclusión de la existencia de diferencias entre los acuerdos de adjudicación y replanteo y que por tanto ha de considerarse embebidos los precios superiores de la obra instada, en el precio complementario ofrecido por la instaladora, que provocó el aumento de la oferta y en el abonado por exceso de puntos de luz; por lo que aun cuando el precio de la instalación asciende según el perito a 14.026.182 ptas., el de ejecución material más el 20 por 100 de gastos generales y fiscales y 6 por 100 de beneficio industrial con un total de 17.841.303 ptas., muy superior al de adjudicación ha de estarse a lo pactado por las partes, conforme al principio del *contractus lex* de la legislación contractual (Arts. 1.091, 1.157, 1.124 del C. Civil; si bien en la contratación administrativa el precio de los contratos ha de ser el justo precio añade que "de acuerdo con lo convenido", como reza el Arts. 12 de la L.C.E y 30 del Reglamento, y no puede dejar de tenerse en cuenta lo pactado y contenido en los pliegos de condiciones y demás pactos posteriores como resalta el propio Perito que al señalar unos "precios de mercado" que han de estimarse ajustados, añade que su valoración es técnica e independientemente de cualquiera otros aspectos contractuales, acuerdos, pactos, etc., y contestando al punto 4.º de la solicitada por la demanda, se viene a hacer eco de que "los instaladores tienen sobre la mayoría de los materiales de las instalaciones de alumbrado y especialmente luminarias con sus accesorios y conductores, importantes descuentos que unido factores como productividad y medios propios para la ejecución de las instalaciones, les permiten presentar sustanciales bajas en los concursos públicos de este tipo de instalaciones a partir del coste de salida que normalmente es el Proyecto Técnico calculado con precios de tarifa". Todo lo expuesto hace que al determinar sobre la procedencia de la certificación de obra solicitada, se haya de tener en cuenta, más que el precio de mercado de los materiales de la instalación, a los precios ofertados y aprobados contenidos en los Pliegos de condiciones, a cumplir por los contratistas que aportan sus ofertas con sus cálculos y precios prefijados a los que habrán de atenerse puesto que la certeza del contrato, el riesgo y ventura del que realizan la obra y la inmutabilidad del precio en tanto no esté pactada su revisión es aún principio básico del Derecho administrativo, como lo es de la contratación privada, como se infiere de los Arts. 130 y 132 del R.G.C.E., que exigen que las obras se ejecuten conforme a las cláusulas estipuladas.

notificación de ésta- sino al Director Técnico de la obra. Habrá que concluir pues con la Sentencia apelada que no resulta viable atribuir al acta de replanteo la trascendencia que pretende la apelante. No obstante lo expuesto la extraordinaria importancia que en el ámbito de la contratación administrativa tiene el principio de evitación del enriquecimiento injusto ha determinado en estos autos, dadas sus características de hecho, una profunda reflexión sobre los diferentes resultados que arroja la prueba practicada. Y a pesar de ello, no aparece base bastante para apreciar una desproporción de prestaciones habida cuenta de las afirmaciones hechas por el perito procesal respecto de los descuentos que los instaladores tienen sobre la mayoría de los materiales de las instalaciones de alumbrado y especialmente sobre las luminarias con sus accesorios y conductores, así como también en cuanto a los factores de productividad y medios propios que permiten presentar sustanciales bajas en los concursos públicos a partir del coste de salida. Tal informe, ha sido correctamente valorado por la Sentencia apelada.

No se puede considerar modificado el cambio que pueda operar el propio contratista. Es interesante citar aquí un asunto de 2008¹⁷¹ relativo a unas modificaciones que realizó el contratista al no poder usar el material procedente de unas canteras que estaba previsto en la Memoria del proyecto originario¹⁷². El contratista trató de rechazar el

¹⁷¹ Ver S.T.S. de 29 de Abril de 2008, Ar.2492, Nº de Recurso: 860/2006, Ponente: D.ANTONIO MARTI GARCIA. Se interpuso por la entidad Acciona Infraestructuras S.A., -antes Necso Entrecanales Cubiertas S.A. contra la Sentencia de 2 de Noviembre de 2005, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso, en el que se impugnaba la resolución del Ministerio de Fomento de 5 de Junio de 2002, que desestimaba la reclamación relativa a indemnización de daños y perjuicios causados en la obra Autovía del Cantábrico Tramo Venta del Pobre-Colunga.

¹⁷² Se afirma en la Sentencia de instancia que tales zonas y canteras formaban parte del contenido contractual reflejado en esos documentos, siendo determinante su ubicación para la fijación del precio de la obra, de suerte que una alteración de las zonas y canteras previstas para la extracción de materiales necesariamente debe conducir a una alteración del precio de la obra. Al no haberse modificado el contrato, el mayor precio resultante de la alteración pretende obtenerse a través de la indemnización reclamada. El carácter contractual de las previsiones contenidas en los Anejos a la Memoria sobre las zonas de préstamos no puede ser admitida ya que tales previsiones en ningún caso eran vinculantes para la empresa adjudicataria de las obras, que podía haber seleccionado durante la ejecución del contrato otras zonas sin que ello hubiera supuesto vulneración de las cláusulas contractuales, siempre que hubiera respetado la calidad exigida para los materiales en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del Proyecto, razón por la que se exigía la autorización de la Administración. Como acertadamente se señala en el informe del Consejo de Obras Públicas, no se impone al contratista la utilización, para la obtención de préstamos, de determinadas localizaciones, sino que éstas tienen carácter orientativo para fijar el precio pudiendo las empresas utilizar otras zonas diferentes, con independencia de que resulten más gravosos o ventajosos desde el punto de vista de la distancia. En la fijación del precio de una obra pública siempre se utilizan elementos de referencia para determinar los costes (mano de obra, materiales, etc...) sin que la alteración sobrevenida, siempre previsible, de los costes de estos elementos permita alterar el precio de la obra, salvo que se haya recogido una cláusula de revisión de precios que contemple dichas variaciones, lo que no ocurre en el caso examinado. Abunda en lo anterior el hecho de que en la elaboración del Proyecto Modificado núm. 1, que finalmente fue aprobado, tuvo participación la empresa actora que debió recabar la información precisa sobre los lugares de obtención de préstamos y su disponibilidad ya que precisamente una de las razones de dicho modificado, y la fijación de un precio superior con arreglo al mismo, precio al que se prestó conformidad, era la necesidad de dichos préstamos frente a la previsión inicial del proyecto de la autosuficiencia de los materiales procedentes de la propia obra. En cuanto a la utilización de las canteras para ahorros y áridos, como acertadamente señala también el Consejo de Obras Públicas, no hay referencia alguna en el Pliego de Prescripciones Técnicas, respecto de la ubicación de las canteras, ni se produjo advertencia alguna del contratista, con anterioridad a la ejecución de las unidades de obra correspondientes, utilizando áridos de otras canteras, limitándose en este caso la Administración a aceptar los áridos que aportaba el contratista porque cumplían las

principio de riesgo y ventura invocado por la Administración con la consideración de que las zonas de préstamos y las canteras previstas para la obtención de los áridos tenían un sentido contractual determinante del precio de la obra al establecerse así expresamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas y Anexos de la Memoria del contrato. Denunció la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto por indebida aplicación del principio de ejecución a riesgo y ventura del contratista establecido en el Art. 99 de la Ley 13/95 (L.C.A.P.). El principio de riesgo y ventura resulta de aplicación en el supuesto de dificultades materiales sobrevenidas que determinen un aumento de obra no considerado por las partes al contratar, y esto es lo que ha ocurrido en este caso donde se han producido alteraciones sobrevenidas en las circunstancias determinantes de la realización de la obra. Ocurrió que por circunstancias sobrevenidas y ajenas a esta parte no se pudieron obtener préstamos de los yacimientos naturales que se establecían en la memoria del proyecto y Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, y hubo de acudir a la obtención de materiales procedentes de canteras industriales. Ocurrió también que tampoco pudieron utilizarse las canteras que se señalaban en la memoria del proyecto como lugar de obtención de materiales siendo necesario acudir a canteras o zonas de préstamo en ningún caso previstas (canteras industriales) que, obviamente, se encontraban más alejadas de la obra, es decir, situadas a mucha mayor distancia de las previstas. Por tanto, lo que ocurre es que la previsión de las partes en relación con el contrato (que los materiales se obtuvieran en las zonas de préstamos determinadas por la Administración o bien en los alrededores de la obra) no se ha cumplido. En fin, se refiere a los supuestos valorados por esta Sala del Tribunal Supremo en las Sentencias de 29 de Septiembre de 1991, 30 de Marzo de 1991, 20 de Marzo de 1985, y que dice son similares al supuesto de autos y que se concretan respectivamente en lo siguiente; 1º) Supuesto en que aparecieron requisitos de caliza durísima de gran tamaño y que la Sala estimó la aplicación del Art. 48 del Pliego General de Condiciones referentes a la tasación de obras no incluidas en el presupuesto de la contrata; 2º) A que durante la ejecución de los trabajos apareció de forma inesperada roca en el terreno no contemplada en la Memoria, y 3º) A que se apreció la necesidad de abrir zanjas de mayor anchura de la prevista a fin de introducir tuberías.

Según el Supremo procede rechazar tal motivo de casación. De una parte, porque aunque nadie cuestiona la realidad que el recurrente expone sobre que no pudo obtener los préstamos de los yacimientos que se establecen en el Anexo de la Memoria y que tampoco pudo utilizar las canteras que se señalaban, y que hubo de utilizar otros más lejanos que pudieran incrementar el precio de la obra, aun así no cabe apreciar que concurra la infracción que se denuncia respecto a la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratos establecido en el Art. 99 de la Ley 13/95, pues la Sentencia recurrida aplica al supuesto de autos, el principio de riesgo y ventura del contratista al no concurrir, según refiere, ninguna de las dos excepciones previstas en el Art. 144 de L.C.A.P., entre ellos fuerza mayor, y en atención a lo siguiente; a) Que las previsiones del Anexo de la Memoria en relación con las zonas y canteras previstas era meramente orientativo y que por tanto el contratista podía utilizar cualquier otro; b) Que en cuanto

prescripciones del Pliego correspondiente sin que deba asumir responsabilidad alguna sobre su procedencia. En definitiva, no existe fundamento alguno que sustente la reclamación presentada ante la Administración por parte de la actora, por lo que su desestimación es plenamente ajustada a derecho procediendo su confirmación."

a la utilización de las canteras para zahorra y áridos no haya referencia alguna en el Pliego de Condiciones Técnicas respecto a la ubicación de las canteras; c) Que no se produjo advertencia alguna del contratista con anterioridad a la ejecución de las unidades de obra correspondientes, utilizando áridos de otras canteras, limitándose la Administración a aceptar los áridos que aportaba el contratista; y d) Que en la elaboración del Proyecto Modificado tuvo participación la empresa actora, que, debió recabar la información precisa sobre los lugares de obtención de préstamos y su disponibilidad, ya que fue precisamente una de las razones del Proyecto Modificado la necesidad de dichos préstamos en contra de la previsión inicial del primitivo proyecto que valoraba la autosuficiencia de los materiales procedente de la propia obra. Y en base a esas razones y apreciación de hechos realizados por la Sala de Instancia, de la que esta Sala en casación debe obligadamente de partir, al no haberse alegado ni infracción de las normas sobre la valoración de la prueba ni el que la valoración sea arbitraria o errónea, esta Sala entiende también junto a la Sala de Instancia, que en el supuesto de autos no concurrían los presupuestos para dejar de aplicar el principio de riesgo y ventura que el Art. 99 de L.C.A.P., establece, pues si la empresa recurrente intervino en la elaboración del Proyecto modificado en el que se señalaban las zonas y canteras previstas y si la Administración se limitó a aceptar los áridos que aportaba el contratista, y éste, no hizo advertencia alguna con anterioridad a la ejecución de las unidades de obra, no puede válidamente en momento posterior interesar el abono de las cantidades que reclama por no haber obtenido los préstamos de los yacimientos referidos en el Anexo de la Memoria, ni de las canteras que se señalaban, pues esa actuación la hizo el contratista unilateralmente y además, si intervino en la elaboración del proyecto modificado, pudo y debió conocer o al menos investigar, sobre si estarían o no disponibles los lugares de préstamos, sin olvidar, cual también refiere el Informe del Consejo de Obras Publicas, que la no obtención de los prestamos en los lugares previstos pudo en parte depender de la gestión que el propio recurrente hizo y a la que fue ajena la Administración, que se limitó, como se ha dicho, a aceptar los materiales que el recurrente utilizó. Y de otra, porque no es de aplicación al supuesto de autos la doctrina que se expresa en las Sentencias que el recurrente cita, que se refieren a presupuestos de hecho muy diferentes al de autos, pues en el curso de la obra aparecen dificultades, caliza durísima de gran tamaño, aparición de roca y la necesidad de abrir zanjas de distinto tamaño del previsto y todas ellas, además de no previstas en la Memoria, son ajenas a la actuación del contratista, circunstancias y hechos que no concurren en el supuesto de autos¹⁷³.

¹⁷³El contratista también denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto del Art. 124.1 de la Ley 13/95 L.C.A.P. y Cláusula 34 del Decreto 3854/70. Alegando en síntesis; a), entendemos sin embargo que negarle carácter contractual a la memoria y al pliego de prescripciones técnicas particulares y concretamente a los lugares que allí se expresaban para la obtención de los materiales, infringe lo dispuesto en el Art. 124.1 a) de la Ley 13/1995, L.C.A.P. y cláusula 34 del Decreto 3854/1970. El Art. 124 1. a) de la L.C.A.P (redacción de 1995, que es la que se aplica a este contrato), dice: "1. Los proyectos de obras deberán comprender, al menos: a) Una memoria que, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, tendrá carácter contractual y recogerá las necesidades a satisfacer y los factores de todo orden a tener en cuenta."; b), como ya dijera el Tribunal Supremo en su S.T.S. de 24/4/1985 (R.J. 1985\2872): "Memoria, Proyecto, Presupuesto, Pliego de Condiciones y demás documentos forman, en cierto modo, una unidad", conclusión que el propio Pliego Modificado (en el contrato que examinamos) ha venido a sacralizar en su cláusula Primera; c), en concreto, la Memoria se refiere al Anejo 16, que fue redactado con ocasión del Proyecto Modificado. Dicho Anejo no es intrascendente, ni mucho menos. Al contrario: recoge con total precisión el hecho cierto -e indudable que

la Administración sólo había previsto como zonas de préstamo las que expresamente determinó. Como muestra de lo dicho, afirma -con toda claridad- que "Está prevista la utilización de cuatro préstamos situados a diferentes distancias de la obra, de donde se podrá extraer material adecuado [...]. Lo mismo ocurrió respecto a las canteras señaladas como lugar de obtención de los áridos, donde en los anejos 7 y 24 se fijaron las cámaras de obtención de los áridos y los precios para esta unidad en función de la Estancia de estas canteras; d), la cláusula 34 del Pliego de Condiciones Generales exige una serie de requisitos para que se produzca el supuesto de hecho en ella previsto. Tales requisitos son los siguientes: 1. Que la Administración hubiera establecido una concreta procedencia de los materiales en el Pliego de Prescripciones Técnicas (este presupuesto se cumple en nuestro caso). 2. Que fuera imprescindible cambiar ese origen o procedencia (presupuesto que también se cumple). 3. Que sea la Administración quien decida cambiar el origen o procedencia. En este caso, faltaría este tercer presupuesto, el criterio formal (que la alteración de la procedencia sea acordada por la Administración). Sin embargo, la falta de cumplimiento del presupuesto formal no sería obstáculo para reconocer el derecho del contratista al sobre coste producido por esta modificación no formalmente acordada; e), pues bien, el contratista, en escrito de 25/4/00, informó a la Dirección Facultativa de los problemas para la aportación de materiales de préstamo al no poder utilizarse los yacimientos previstos. Se le advertía de la urgencia de la situación y que se resolviera el problema planteado. A partir de este momento debió haberse iniciado el procedimiento para la modificación del proyecto, señalando otros lugares de procedencia y fijando el nuevo precio de los materiales. El hecho de que éste no se tramitara, no es debido a la culpa del contratista, si no a la Administración. Y su falta no es obstáculo para el resarcimiento al contratista del sobre coste causado por la imposibilidad de obtener los materiales de los lugares señalados; y f), haciendo en fin referencia a la doctrina de esta Sala expresada en las Sentencias de 20 de Marzo de 1984, y 15 de Octubre de 1986, que recogen doctrina anterior. Según el Supremo procede rechazar tal motivo de casación. De una parte porque no se aprecia la infracción que se denuncia del Art. 124 de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas, pues como bien refiere además el Abogado del Estado, la Sentencia recurrida no niega el carácter contractual a la Memoria, que es el fundamento de la alegación del recurrente y con ello, ya sería incluso suficiente para desestimar el motivo de casación en ese particular, pero es que además, la Sentencia recurrida cuando se refiere y valora el carácter contractual de los Anexos de la Memoria, explica con todo detalle la razón de la tesis a la que llega, entre otros, porque las previsiones sobre las zonas de préstamos en ningún caso eran vinculantes, pues no se imponía al contratista su utilización para la obtención de los préstamos, sino que las localizaciones tenían carácter orientativo pudiendo la empresa utilizar otras zonas diferentes. Y esas razones que la Sentencia recurrida expone, al no haber sido además combatidas en forma, justifican el por qué, en este supuesto no tenían trascendencia a los efectos del precio final las determinaciones que en el Anexo figuraban. Sin olvidar además, lo anterior en relación con la utilización de las canteras para zahorras y áridos, donde no hay referencia en el Pliego de Prescripciones Técnicas respecto a la ubicación de las canteras y que la Administración se limitó a aceptar los áridos aportados por el contratista. Y de otra parte, porque tampoco cabe apreciar la infracción que se denuncia de la cláusula 34 del Decreto 3854/70, pues como el propio recurrente refiere en su escrito es preciso para su aplicación tres presupuestos 1º), que la Administración hubiera establecido una concreta procedencia de los materiales en el Pliego de Prescripciones Técnicas, 2º), que fuera imprescindible cambiar ese origen o procedencia y 3º), que sea la Administración quien decida cambiar el origen o procedencia. Y de esos tres requisitos que establece la Cláusula 34 citada, en el caso de autos no concurren ni el primero ni el tercero. El primero, porque como refieren la Sentencia recurrida y el informe del Consejo de Obras Públicas, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no hay referencia respecto a la ubicación de las canteras, ni se produjo advertencia por parte de la Administración en relación con las zonas y canteras previstas para la extracción de materiales. Las previsiones, en parte, no eran vinculantes para el contratista, ya que además, lo confirma el hecho de que utilizara otros lugares, sin haber obtenido autorización de la Administración y haber aceptado ésta los suministrados por el mismo; y tercero, porque está acreditado y nadie cuestiona que la Administración, ni decidió ni impuso cambio alguno. Tampoco hay que olvidar que para la aplicación de la citada Cláusula 34, es preciso que concurren los tres presupuestos que se definen y concretan. Y por último, significar que el presupuesto nº 2 exige que fuera imprescindible cambiar el origen o procedencia, y ello se produce en el caso de autos, según refiere el recurrente porque no pudo gestionarlos en los lugares previstos.

No existe modificado en el caso de la U.T.E. CONSTRUCTORA HISPÁNICA S.A. Y AZARBE OBRAS Y SERVICIOS S.A. Esta empresa pretendía que se anulasen¹⁷⁴ las

¹⁷⁴ Ver S.T.S. de 20 de Enero de 2012, Nº de Recurso: 50/2009, Ponente: D. NICOLÁS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN. La Sentencia de 29 de Septiembre de 2008, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurrida, desestima el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por U.T.E CONSTRUCTORA HISPÁNICA S.A. y AZARBE OBRAS Y SERVICIOS S.A. contra las resoluciones dictadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria los días 14 y 19 de Septiembre de 2005, y el día 30 de Enero de 2006. La U.T.E. CONSTRUCTORA HISPÁNICA S.A. Y AZARBE OBRAS Y SERVICIOS S.A. fue adjudicataria del contrato de obra para la construcción de la nueva Delegación de la Agencia Tributaria en Girona; contrato que se formalizó el 15 de Octubre de 2004, por un importe de 8.836.055,39 € y un plazo de ejecución de 24 meses. Posteriormente, la Administración imputó a la adjudicataria un retraso de ocho meses que finalmente dio lugar a la resolución del contrato en 2006. Paralelamente a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, la adjudicataria presentó estos tres escritos: uno de 12 de Julio de 2005, por el que solicitó la modificación del proyecto de ejecución y también la suspensión temporal de las obras; otro de 9 de Agosto de 2005, en el que solicitó la ampliación del plazo de ejecución; y un tercero, presentado el 22 de Noviembre de 2005, que solicitó de nuevo la modificación del Proyecto y la suspensión temporal total del contrato. Estas solicitudes fueron sucesivamente denegadas por la Dirección General de la AGENCIA TRIBUTARIA (AEAT) en las resoluciones de 14 y 19 de Septiembre de 2005, y 30 de Enero de 2006. La U.T.E invocó como hechos determinantes de su pretensión, entre otros, estos dos: (I) la falta de obtención por la AEAT de la licencia municipal de obras, que habría provocado un retraso de dos meses y medio; y (II) un "grave defecto estructural del Proyecto" en lo relativo a la Losa de Cimentación que, sumado al anterior, justificaría los ocho meses de retraso que la Administración venía imputando a la adjudicataria. Sobre la "losa de cimentación" se señalaba, principalmente, que se trataba de una unidad crítica en el *iter* constructivo porque condicionaba el resto de la obra, y también se alegaba que sobre ella se produjeron estas tres incidencias: (a) La imposibilidad de armar esa "losa" sobre la fina capa de mortero prevista en el proyecto y la imposibilidad también de trabajar sobre dicha capa, lo que planteaba la necesidad de establecer una segunda capa de hormigón (no prevista en el proyecto). (b) Que el proyecto erró gravemente en la cantidad de acero corrugado que había de mezclarse para que la "losa" adquiriera la consistencia necesaria para sostener el peso del todo el edificio. (c) Y que se produjeron graves diferencias "respecto a la solución del cajado del muro pantalla". Lo que se decía sobre esta tercera incidencia (referida a las diferencias existentes sobre el cajado del muro pantalla) era, en síntesis, lo que sigue. Que una vez realizados los muros pantalla (con un entramado de hierros mezclados con hormigón) la construcción de la "losa de cimentación" requería encajarla en esos cuatro muros, y esto exigía un cajado de los mismos. Que la U.T.E adjudicataria se negó a aplicar la solución ordenada inicialmente por la Dirección Facultativa para ese cajado y pidió ordenes escritas en cuatro ocasiones que le fueron negadas. Que esa discusión duró cuatro meses (entre Junio y Octubre del 2005). Y que finalmente se admitió la solución constructiva propuesta por la constructora, una solución que -según la demanda- "supone claramente una obra nueva". También se afirmaba que la Dirección Facultativa de la obra optó por informar de la situación sin asumir sus errores. Y que ese informe determinó las resoluciones impugnadas que concluían que la obra arrastraba un retraso de ocho meses y, por esa razón, denegaban tanto el modificado como la prórroga, como también preparó "el modo de eliminar al contratista", pues la Administración, en lugar de cumplir con sus obligaciones de modificar el contrato y otorgar mayor plazo de ejecución, se limitó a defender su proyecto y a instruir un expediente de resolución. La Administración, en su escrito de contestación a la demanda, negó que se hubieran producido estos dos hechos básicos invocados por la demandante: (1) la existencia de nuevas unidades no previstas en el Proyecto, por errores sustanciales de este; y (2) que el retraso en la obtención de la licencia hubiera producido un retraso en la ejecución de las obras; y se remitió a lo que sobre estos puntos se decía en el informe emitido por los dos técnicos que constituían la Dirección Facultativa. Este informe sobre el cajado del muro-pantalla y la losa de cimentación comenzaba diciendo que, independientemente de cómo fueran llamadas, lo importante es que en el Proyecto estén contempladas todas las unidades de obras que sean necesarias. Se decía a continuación que el Proyecto eligió un sistema de "cajado armado" para conseguir la correcta unión entre losa de cimentación y muro, y este cajado del muro se encontraba definido en el plano A-12 del Proyecto. Seguidamente se decía, así mismo, que la realización de ese cajado conforme al mencionado plano A-12 comprendía la ejecución de las partidas del Presupuesto definidas como 02.01.03 (para efectuar el repicado del hormigón del muro-pantalla y formar el hueco de

10x35 cm); 02.01.05 (partida de losa de cimentación, y partidas 02.03.03 y 02.03.05 (colocación de los materiales de impermeabilización); y se añadía literalmente; "Es decir, realizar el cajado suponía ejecutar las cuatro partidas mencionadas y definidas en el Presupuesto del Proyecto". La Sentencia recurrida en la actual casación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UTE adjudicataria. Su argumento principal fue que no se había justificado la necesidad de la modificación pretendida porque la pericial propuesta y practicada no permitía dar sustento a la pretensión de la actora. Así lo expresó en la parte final de su fundamento de derecho (FJ) cuarto, en estos términos: "Vistas las previsiones legales de aplicación, considera esta Sala que no se ha justificado (...), ni por la demora en la obtención de la licencia, ni por las diferencias en los materiales de la losa de cimentación y el cajado del muro pantalla, ni por la definición de la red de saneamiento, dados los porcentajes, el reflejo de las diferencias en su caso en las certificaciones correspondientes y la cuantificación de las diferencias en los precios, la necesidad de la modificación pretendida. En todo caso, debe señalarse que la conclusión alcanzada por el perito, si se aceptase plenamente, no sustenta la pretensión actora, pues limita la cuestión debatida a diferencias de precios en el cajado del muro pantalla y la losa de cimentación los motivos que justificarían la modificación del proyecto ("el alcance de la modificación debe ser exclusivamente la incorporación de los dos precios contradictorios propuestos, sin que se juzgue necesario llegar a la suspensión de la obra, ni a la redacción de un proyecto modificado"). Resulta en consecuencia que debe desestimarse la solicitud de la actora de que se declare contraria a derecho la negativa de la administración a modificar el contrato litigioso". También razonó la Sentencia de instancia sobre la improcedencia de la prórroga del contrato y de la simultánea suspensión de las obras que habían sido solicitadas. Lo hizo en su FJ quinto, cuyas principales declaraciones respecto de estas cuestiones fueron las siguientes: " La solicitud de prórroga del contrato y la de simultánea suspensión de las obras están directamente vinculadas a la conclusión que se obtiene por la actora sobre la necesidad de modificarlo. Una vez que esta Sala ha concluido, con base en los razonamientos recogidos en el fundamento jurídico anterior, que la denegación de la solicitud de modificación era conforme a derecho, no se aprecia fundamento distinto que justifique la prórroga y la suspensión pretendidas. En cuanto a la primera, por otra parte, como recuerda el Abogado del Estado, se aprecia el incumplimiento de lo dispuesto en el Art. 100 del R. D. 1098/2001. Una vez constatado el retraso en la concesión de la licencia de obras, o en las sucesivas cuestiones que denuncia en este litigio (aparición de restos de cimentaciones no previstos en el proyecto, que fue necesario demoler y transportar al vertedero; modificaciones de la red de saneamiento; deficiencias en la previsión de la cimentación) debió dar cumplimiento a las previsiones del precepto reproducido. Igualmente como informa la Administración, en la fecha de aprobación de la licencia de obras no había aportado la contratista la documentación definitiva necesaria para dar comienzo a la ejecución del proyecto de construcción, que finalmente tuvo lugar el día 1 de Marzo de 2005, sumando un retraso (la licencia es de 10 de Febrero de 2005) que no es imputable a la Administración. Como la propia actora reconoce en el escrito de demanda, el Ayuntamiento el día 25 de Noviembre de 2004, había otorgado licencia para los trabajos previos al inicio de la obra, lo que igualmente debe tenerse en cuenta. El dictamen pericial que (por los motivos expuestos en el fundamento jurídico anterior) es valorado puesto en relación con la normativa de aplicación, concluye en una ampliación del plazo para aprobar los nuevos precios ("un mes debería ser suficiente en la mayoría de los casos") y dos meses de ampliación para ejecutar lo que el perito considera "exceso de obra". Del informe de la dirección técnica de la obra unido al expediente administrativo resulta que se autorizó la utilización de hormigón fluido en la ejecución del muro pantalla para, a la vista del retraso de la obra, posibilitar a la contratista que pudiese recuperar en lo posible el plazo de ejecución. Iniciada la obra en la fecha señalada, el día 2 de Agosto siguiente la obra tenía cierto retraso, pero no había sido paralizada o suspendida en ningún momento, comprobación que se realizó como consecuencia de la solicitud que la actora realiza el día 12 de Julio de 2005, de modificación del contrato y ampliación del plazo. Resulta por tanto a juicio de esta Sala que la suspensión era claramente improcedente en el momento en que se solicitó, habiendo asumido la Administración el retraso constatado por el conjunto de causas concurrentes hasta la fecha. Del conjunto de la prueba practicada en autos y con fundamento en las consideraciones expuestas resulta igualmente la improcedencia de acordar la ampliación del plazo de ejecución solicitada por la UTE adjudicataria y ahora recurrente el día 12 de Julio de 2005, por primera vez, y el día 22 de Noviembre de 2005, por segunda vez". Los que se han expuesto, son los principales argumentos desestimatorios de la Sentencia recurrida pero no los únicos. A ellos llega la Sala de la Audiencia Nacional tras dejar constancia de que la UTE adjudicataria tuvo a su disposición todas las previsiones del proyecto que con todo detalle se referían al modo de realización de la losa de cimentación; y después también de expresar las razones por

resoluciones administrativas que fueron impugnadas en la instancia y el reconocimiento a dicha U.T.E., recurrente del derecho a la modificación del contrato que le fue adjudicado o, cuando menos, la prórroga del mismo " en los términos solicitados en la vía administrativa". Sostiene que la prueba practicada en ese proceso consistente en el perito insaculado fue favorable a la recurrente; dice al respecto que el perito consideró necesaria una ampliación de plazo de tres meses para incorporar los precios contradictorios relativos al cajeado del muro pantalla y la losa de cimentación; y afirma también que a esos tres meses habrían de sumarse los dos meses y 12 días de retraso en la obtención de la licencia. Termina afirmando que la con la prueba pericial insaculada quedaría demostrado en autos todo lo siguiente: (I) Sí que concurren errores de proyecto. (II) El contratista propuso a la Administración la corrección de tales errores, si bien la Dirección Facultativa no los admitió y prefirió tensar la relación hasta el límite de la resolución contractual antes que proceder a modificarlo. (III) La cuestión del cajeado del muro pantalla y la losa de cimentación provocó un retraso de 5 meses y 15 días y el retraso de la obtención de licencia fue de dos meses y 12 días, lo que hace un total de 7 meses y 27 días (que son prácticamente los 8 meses que fueron imputados por la Administración para la resolución contractual). (IV) Los errores de la Dirección Facultativa han sido asumidos por la Administración en un segundo proyecto. Se imputa a la Sentencia recurrida incongruencia, con infracción de los Arts. 24.2 de la Constitución (C.E.) y 216.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.), por no haber resuelto la petición que le fue planteada sobre la ampliación del plazo. Se combate la valoración de la prueba pericial y se denuncia la infracción de los Arts. 9.3 C.E., 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 348 de la Ley de

las que negaba valor a la prueba pericial practicada. Así lo hace en las siguientes declaraciones de su FJ cuarto: "De la documentación obrante en autos resulta que existe un plano A-12 del "muro pantalla"; y los planos A-13 de la Planta de cimentación, (armadura dirección X) hasta el A-18 inclusive relativos a la cimentación y armadura de la misma. De esta igualmente resulta que la actora tuvo a su disposición con todo detalle, la previsión que el proyecto tenía para: 1º la realización de la losa de cimentación, como se había previsto que se llevase a cabo, si bien la dirección técnica admitió la redistribución de la armadura señalándose que quedaba diferido al momento de ejecución de las distintas partidas de la obra, la cuantificación de los materiales y el correspondiente rendimiento de la mano de obra. 2º los precios de los materiales, la mano de obra y los medios auxiliares correspondientes. Se ha practicado en autos prueba pericial que concluye que está justificada la petición de la U.T.E. de proceder a la modificación del contrato de obras para incorporar dos precios contradictorios relativos al cajeado del muro pantalla y la losa de cimentación, calculando que sería necesaria una ampliación del plazo de tres meses para aprobar nuevos precios y ejecutar el cajeado y la losa de cimentación. Como ha señalado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, la Sala debe apreciar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligada a sujetarse al dictamen de los peritos (Art. 632 L.C.E. de 1881): al tiempo, es imprescindible que explique las razones que le llevan a aceptar o rechazar las conclusiones de la misma, a fin de que sea posible revisar el juicio efectuado para estimar si el razonamiento empleado se ajusta a las reglas de la lógica y es, en definitiva, coherente. La aplicación de tales criterios jurisprudenciales al presente caso y respecto al informe del Perito Sr. Valentín lleva a esta Sala a no compartir la conclusión alcanzada: el punto de partida de las conclusiones del Perito no es a juicio de esta Sala correcto, ni entra dentro de sus atribuciones el señalar, como lo hace, que "el hecho de que el contratista disponga del proyecto cuando se prepara la oferta y firme el Acta de Comprobación de Replanteo sin formular reservas al proyecto no implica, en modo alguno, que deba aceptar todos los errores del proyecto. Significa simplemente que la obra está definida y es viable, esto es, que las características geométricas de la obra reflejadas en el terreno son las del proyecto y que se dispone de los terrenos necesarios para ejecutarlas". Esta apreciación no constituye sino una reproducción de lo previsto en el Art. 129 T.R.L.C.A.P., que regula el replanteo del proyecto, norma que lejos de ser la única de aplicación debe completarse con las previsiones del R.G.L.C.A.P., aprobado por Real Decreto 1098/2001, que regula el replanteo en los siguientes términos: (...)"

Enjuiciamiento Civil (L.E.C). En el ordinal cuarto, se censura la denegación de la prórroga del contrato y se señala la infracción de los Arts.95 y 96 del T.R.L.C.A.P y la jurisprudencia que ha declarado que en caso de duda procede la prórroga. En el ordinal quinto, se sostiene que fueron imputables a la Administración los problemas surgidos en relación con el cajeado del muro pantalla y la losa de cimentación y también la falta de licencia de edificación, y no considerarlo así en caso litigioso constituye una infracción de los Arts. 100 del R.G.C.E., 5 de la Ley de Ordenación de la Edificación y 242.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo1/1992, de 26 de Junio, como también de la doctrina de las Sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1989 y 17 de Junio de 1998; y todo ello en relación con el abuso de derecho (Art. 7 del C. Civil) y el principio *nemo auditur propiam turpidinen allegans*. Se combate la denegación de la modificación y suspensión del contrato, y se invoca la infracción del Art. 146, 2, 3 y 4, en relación con el Art. 102, todos del T.R.L.C.A.P. Y en el ordinal séptimo, se imputa a la Sentencia de instancia seguir la tesis de que, una vez aprobado el replanteo, la UTE debe asumir los errores del proyecto, y se aduce la infracción de los Arts. 129 y 142 del T.R.L.C.A.P., y de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1984.

La incongruencia denunciada en el ordinal tercero, del apartado II del recurso de casación no puede ser compartida. La Sentencia recurrida, como resulta de la reseña que de ella antes se ha hecho sí que aborda la cuestión referida a la ampliación del plazo y la decide negativamente en contra de la petición de la parte recurrente, como también expone las razones que le llevan a esa decisión, básicamente representadas por lo siguiente: que rechazados los alegatos esgrimidos para la modificación, no se aprecia fundamento distinto que justifique la prórroga; y que respecto de ella se incumplió lo dispuesto en el Art. 100 del R.D., 1098/2001. Así lo hace en su FJ quinto, que expresamente se refiere a la prórroga, y a la ampliación del plazo. Y por lo que hace a la vinculación que la Sala *a quo* establece entre la prórroga y la modificación, es el criterio elegido para decidir aquella cuestión, que podrá ser combatido en cuanto a su corrección jurídica pero no es constitutivo del silencio que determina la omisión incongruente.

Entrando ya en el análisis de los restantes motivos de casación, el primero que debe ser examinado es el que combate la valoración de la prueba pericial, y así ha de ser porque de lo que sobre esta cuestión se decida depende la apreciación o no de la procedencia de la modificación y ampliación de plazo que fueron reclamadas en el proceso de instancia y, cuya denegación es lo que se combate mediante las vulneraciones denunciadas en los otros motivos de casación. Pues bien, ya debe decirse, que no es de acoger esa arbitraria valoración de la prueba pericial que se censura a la Sentencia recurrida porque, como se expondrá seguidamente, no es cierto que el perito reconociera los concretos alegatos básicos que se efectuaron en la demanda para apoyar esas pretensiones que en ella se deducían de modificación, suspensión y ampliación del plazo del contrato litigioso; como tampoco puede compartirse que la Sentencia declarara que esa prueba pericial había sido favorable a la recurrente en cuanto a esos básicos alegatos. Y al respecto debe señalarse lo siguiente: 1. La Sentencia invoca el criterio jurisprudencial que reclama la necesidad de motivar los informes periciales y, con base en el mismo, declara que el concreto informe pericial emitido en el actual litigio no permite sustentar la pretensión de modificación ejercitada por la actora; y

argumenta para ello que los motivos que justificarían la modificación en lo relativo al cajeado del muro de cimentación y a la losa de cimentación el perito los circunscribe exclusivamente a una diferencia de precios, así como que el propio perito, reconoce que no juzga necesario llegar a la suspensión de la obra ni a la redacción de un proyecto modificado. 2. Lo anterior significa que la Sentencia recurrida niega valor al dictamen pericial en lo relativo a estos concretos extremos: errores o carencias en el Proyecto que impidieran saber en qué términos técnicos había de ser realizado el cajeado de muro pantalla y la losa de cimentación; y que lo único expresado por dicho perito es su discrepancia con los precios asignados en los cuadros de precios del Proyecto a tales elementos del mismo. 3. La lectura del aquí polémico informe pericial permite confirmar esa explicación que es ofrecida por la Sentencia para justificar esa valoración, contraria a la pretensión de la demanda, que otorga a dicha prueba pericial. Dicho informe pericial en ningún momento reconoce que existieran en el Proyecto errores u omisiones en cuanto a las características técnicas del cajeado de muro pantalla y la losa de cimentación que impidieran su ejecución desde esas razones meramente técnicas; y efectivamente ciñe su discrepancia con la Administración a lo que se estableció en los cuadros de precios del Proyecto sobre los que correspondían para el cajeado de muro pantalla y la losa de cimentación. Esto último nada tiene que ver con la existencia de errores que imposibilitaran técnicamente la ejecución de la obra sino con el precio, y sobre este debe decirse que, con independencia del juicio que pueda merecer, fue conocido por la contratista y a él manifestó su conformidad cuando prestó su consentimiento al contrato.

Finalmente, no siendo de compartir que hubiera razones para modificar o ampliar el contrato, ni tampoco que la dilación en la ejecución del contrato hubiese tenido su causa en un retraso imputable a la Administración, es obligado concluir, que carecen de justificación las vulneraciones que todos esos motivos denuncian y pretenden sostener, pues decaen las premisas de la que todos ellos arrancan para defender sus reproches.

2.4.4. Las obras accesorias o complementarias.

a) Introducción.

Históricamente el legislador ha diferenciado entre el modificado de una obra de las llamadas obras accesorias o complementarias. Así, ya en el Art.153 del Reglamento de 1975, se disponía: "Las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto que durante el curso de la obra principal, la Administración estime conveniente ejecutar, deberán ser objeto de contrato independiente, y, por tanto, cumplirse los trámites previstos por este Reglamento. Exceptúese el caso de que aquéllas no excedan del 20 por 100 del precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista de la principal, y de acuerdo con los precios que rigieron en el contrato principal y, en su caso, fijados contradictoriamente"¹⁷⁵.

¹⁷⁵Posteriormente, en lo relativo al mecanismo de ejecución de obras complementarias, el Art. 141 del T.R.L.C.A.P. («Procedimiento negociado sin publicidad») establecía: «Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes, que habrán de justificarse en el expediente: [...] d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente. Para la aplicación

El legislador siempre ha rehusado dar una definición de lo que hay que entender por este concepto jurídico indeterminado. Ello quizá porque una definición a priori parece ser bastante complicada.

El Art. 105.2 de la L.C.S.P., dispone que “la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los Arts. 171.b) y 174.b)”.

COLÁS TENAS, J¹⁷⁶, explicaba en relación con la regulación originaria: “que el Art. 92.2 *bis* L.C.S.P pretende evitar que bajo la envoltura de la modificación de contrato se enmascare la adjudicación de un contrato complementario, en fraude de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE; para ello se da nueva redacción al Art. 155.b) sobre el contrato de obra L.C.S.P¹⁷⁷. En todo caso, debe recordarse que el Art. 31.4 de la Directiva

de lo establecido en el párrafo anterior, deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal: 1. Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución. 2. Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos, en un 50 por 100 del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal. 3. Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente. [...]» La ejecución de obras adicionales también se contemplaba también en la Ley 48/1998, de 30 Diciembre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (BOE nº 313, de 31 de Diciembre de 1998, p. 44329), cuyo Art. 25 («Procedimiento sin convocatoria de licitación previa») disponía: «No obstante lo dispuesto en el Art 23.1, la entidad contratante podrá utilizar un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, en los casos siguientes: [...]f) Cuando se trate de obras o servicios adicionales que no figuren en el proyecto inicialmente adjudicado, ni en el primer contrato celebrado, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, siempre que su ejecución se confíe al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial y dichas obras o servicios no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal, sin causar graves inconvenientes a la entidad contratante, o, aun pudiendo separarse de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.[...]»

¹⁷⁶ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

¹⁷⁷ La letra del Art. 155.b que queda redactada como sigue: «b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato».

2004/18/CE¹⁷⁸, que regula los casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, prevé expresamente la posibilidad de acudir a este procedimiento en los supuestos de contratos complementarios. Esta es la razón de la nueva redacción al Art. 155.b) L.C.S.P., que regula los supuestos de aplicación del procedimiento negociado en el contrato de obras, y el segundo, los supuestos de aplicación del procedimiento negociado en el contrato de servicios”.

DOMÍNGUEZ OLIVERA, R¹⁷⁹, añadía: “el Art.92.2 *bis* prohíbe modificar el contrato para adicionar determinadas prestaciones. Sin embargo, si las prestaciones adicionales están previstas en el pliego con la precisión exigida por el Art. 92 *ter*, no debería existir impedimento legal a dicha modificación. Literalmente, el Art. 92.2 *bis* sólo hace esta salvedad para cuando se amplíe el objeto del contrato <<a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la **documentación** preparatoria del mismo>>”.

Al sentido de estos conceptos distintos del modificado se han dado varias explicaciones: Desde el plano institucional, en relación con este precepto el Consejo de Estado ya había manifestado en su Memoria de 1990, que una observación especial había de hacerse sobre la necesidad de que se diferencien claramente y se traten conforme a su naturaleza lo que son verdaderos reformados de las obras en ejecución y lo que pueden ser obras nuevas o distintas susceptibles de proyecto separado, aunque se trate de aquellas obras accesorias y complementarias a que se refiere el Art.153 del Reglamento¹⁸⁰ y que han de ser objeto de contrato independiente, salvo cuando, por

¹⁷⁸El Art. 31.4 de la Directiva 2004/18/CE establecía: «respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios: a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio: — cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien — cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial; b) en el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido. La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del Art. 7. Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.»

¹⁷⁹ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R

¹⁸⁰El Dictamen (n1 45.942, Sec. 60 Obras Públicas y Urbanismo de 15 de Diciembre de 1983) del Consejo de Estado dice claramente que "no debe olvidarse que es doctrina jurisprudencial constante la de que las cosas son según su naturaleza y no según la voluntad de las partes", y añade. "La diferencia básica entre los casos 2 y 3, esto es, entre los Art. 150.2 y 153 del Reglamento de Contratación, estriba en que, en el primer caso debe tratarse de unidades de obras nuevas, pero cuya ejecución resulte necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, o cuando sea precisa dicha modificación por resultar imposible su ejecución en la forma inicialmente prevista. En el segundo caso, la ejecución de las obras

concurrir la excepción prevista en el párrafo segundo de dicho artículo, su ejecución se confíe al contratista de la obra principal. En todo caso y con las salvedades legales y reglamentarias, no cabe frustrar los principios de publicidad y concurrencia (Art. 13 de la Ley) por una desmesurada amplitud en la calificación de las obras como de modificación o mero complemento de las inicialmente proyectadas, llegando a comprender, entre ellas, a las que debieran ser consideradas como obras nuevas y, por tanto, objeto de proyectos independientes y contratación separada.

Por tanto, las denominadas obras o prestaciones complementarias al contrato principal carecen de un nexo con dicho contrato, por lo que no podría hablarse propiamente de “modificación”, sino que en todo caso, haría falta la suscripción de un nuevo contrato que daría pie a una nueva adjudicación.

También es interesante aquí citar el Informe 16/1999, de 30 de Junio de la J.C.C.A.¹⁸¹. En la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, el

complementarias no debe ser necesaria para el buen fin del proyecto; se trata, por tanto, de añadidos no esenciales al mismo, por más que puedan resultar muy convenientes. Precisamente por ello, se decía al principio que los proyectos deben referirse a obras completas y que no es admisible la utilización continua de reformados sucesivos para obtener una finalidad no prevista en el primitivo proyecto.

¹⁸¹Ver, Informe 16/99, de 30 de Junio de 1999, de la J.C.C.A. "Tramitación y ejecución de los contratos para obras complementarias. Inviabilidad de aplicación cuando la ejecución del contrato principal ha concluido". En este asunto se solicita dictamen de la J.C.C.A., sobre si, conforme a lo establecido en el Ley 13/1995, es adecuado el tratamiento aplicado a las obras complementarias por la DGOHCA que, a su vez sería igualmente aplicable a estudios y servicios técnicos o, por el contrario, las obras complementarias (Art. 141.d) y los estudios, servicios o trabajos complementarios (Art. 211.d) de la citada Ley, requieren una vez adjudicados, un tratamiento independiente del contrato de la actuación principal, con certificaciones, revisiones de precios, liquidación y recepción diferenciados de los de la obra principal. Los Arts. 141.d) y 211.d) regulan el procedimiento negociado sin publicidad para los casos de obras y actuaciones complementarias a encargar al contratista de la principal. Tramitado un Proyecto complementario de actuaciones en curso según el procedimiento indicado en los Arts.141.d) y 211.d) de la L.C.A.P, pueden darse circunstancias que impidan la adjudicación y firma de su contrato en fecha anterior a la de finalización de la actuación principal. No obstante, dado que la relación contractual no termina en tanto no se recibe la actuación, se liquida y se devuelve la fianza, no parece haber causa legal alguna que impida la perfección del contrato complementario incluso aunque se haya terminado el plazo vigente del principal, siempre y cuando las actuaciones preparatorias del contrato complementario sean anteriores a dicha fecha. A la vista de lo anterior, se solicita dictamen de la J.C.C.A. sobre la posibilidad de contratar las actuaciones complementarias previstas en los Arts. 141.d) y 211.d) con fecha posterior a la de finalización del principal y, en su caso, sobre el trámite mínimo que se requiere en el procedimiento para poder acogerse a tal circunstancia. La J.C.C.A. explica que las cuestiones que plantea en su consulta la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas pueden resumirse en la siguiente forma. En primer lugar, si las actuaciones de la Administración en la fase de ejecución del contrato, en función de la cual se ha adjudicado la ejecución de obras complementarias o consultoría y asistencia o servicios complementarios, puede ser objeto de tramitación única en el mismo acto y secuencia a las que se realizan en el contrato principal que justifica y motiva su adjudicación y, en tal sentido, cita certificaciones únicas mensuales, ya sean referidas a las obras o a la prestación de servicios, comprensivas de ambos contratos, plazo de ejecución común, régimen de revisión de precios con la misma fecha de origen de aplicación y la misma fórmula tipo o índice oficial, recepción y liquidación conjunta. En segundo lugar, si durante la tramitación de un expediente de contratación para la realización de obras complementarias o consultoría y asistencia complementarias se produjesen circunstancias que impidan su adjudicación antes de la conclusión del contrato principal se podría contratar tales obras o consultoría y asistencia con fecha posterior a tal conclusión y, en su caso, cual es el trámite mínimo que se requiere para acogerse a tal opción. La J.C.C.A., ha manifestado su criterio sobre ambas cuestiones planteadas en su informe de 30 de Junio de 1998, (expediente 20/98) por lo que debemos reproducir las consideraciones

procedimiento de tramitación entonces en vigor de las Obras Complementarias regulado por el Art. 141.d) de la L.C.A.P., sigue las normas marcadas por unas Instrucciones propias de fecha 30.8.1986, basadas en un dictamen de la J.C.C.A., de fecha 30.5.1973. En aplicación de dichas instrucciones, que establecen para las obras complementarias el mismo régimen que para una modificación del contrato, se sigue para la obra complementaria un tratamiento unitario con el contrato principal y sus modificaciones del que se derivan los siguientes efectos:

- Certificaciones mensuales únicas, que contemplan todas las incidencias.
- Plazo de ejecución incorporado al de la obra principal, de forma que la fecha última ya sea del contrato principal o de la obra complementaria, sea la vigente para el conjunto de los contratos.
- Régimen de Revisión de Precios, con la misma Fórmula tipo y la misma fecha origen de aplicación que la de la obra principal, (con la Ley 13/1995, es la fecha final del plazo de presentación de ofertas o la fecha de adjudicación, según el procedimiento).
- Liquidación conjunta.
- Recepción conjunta.

La Abogacía del Estado en Informe 67/2007 de 28 de Diciembre¹⁸², atendiendo a la doctrina del Consejo de Estado, ha señalado que los principales criterios que permiten diferenciar los supuestos de obras o servicios complementarios (que han de ser objeto de nuevo contrato, diferente del inicial, a cuya adjudicación puede ser aplicado el procedimiento negociado sin publicidad), de las simples modificaciones de los contratos ya adjudicados (que constituyen meras novaciones objetivas de los mismos que subsisten, aunque modificados), son la posibilidad de utilización separada de las obras o servicios nuevos, su necesidad en relación con el proyecto inicial, las dificultades

que entonces se formularon que ilustran especialmente la contestación a la primera consulta y responden a la segunda consulta. En el caso actual la J.C.C.A., entiende: Que las prestaciones propias de los contratos que se adjudique para actuaciones complementarias de otros contratos del mismo tipo requieren tanto para la formación del expediente de contratación, como para cuantas actuaciones y trámites se efectúen para su ejecución y cumplimiento un tratamiento independiente y diferenciado del contrato principal, sin perjuicio de que puedan refundirse sólo en el aspecto documental, conforme se indica en el apartado 2 de las consideraciones jurídicas. Que las obras complementarias o las prestaciones derivados de consultorías y asistencias o de servicios complementarios no pueden contratarse una vez finalizada la ejecución de la prestación principal.

¹⁸²En el supuesto que se examina resulta claro que las nuevas prestaciones no figuran en el proyecto ni en el contrato, y que el importe acumulado de dichos servicios no supera el 50% del precio primitivo del contrato, como exige el Art.158.b) de la L.C.S.P. Se indica en la propuesta de informe que, de la motivación incluida en el borrador parece desprenderse también que la separación técnica o económica de los servicios complementarios puede ocasionar graves inconvenientes a X o que, siendo dichos servicios separables, son estrictamente necesarias para el perfeccionamiento del contrato. Ahora bien, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad exige la acreditación por parte de la entidad contratante que pretende beneficiarse del mismo, de la concurrencia de las circunstancias excepcionales que justifican su aplicación, que han de ser objeto de interpretación estricta.

técnicas de adjudicación y ejecución independientes, la existencia de un nuevo proyecto completo o de una mera modificación del único proyecto inicial, o la mayor o menor interconexión física y económica de las prestaciones a ejecutar con las que son objeto del contrato principal¹⁸³. Posteriormente la misma Abogacía del Estado en su Dictamen 20/2010 (en relación con el caso de saber si se podría considerar como servicios complementarios del contrato principal, susceptibles de ser adjudicados a la misma empresa a la que se adjudicó el contrato por el procedimiento negociado sin publicidad de acuerdo con lo dispuesto en el Art.15.b) de la L.C.S.P. Recuerda el Art.31.4.a) de la Directiva 2004/18/CE y los Arts.158. b) y 161.1 de la L.C.S.P.) reitera estas ideas y destaca que las distinciones entre las modificaciones contractuales y las obras o servicios complementarios no siempre son claras. En principio, la doctrina y la jurisprudencia consideran que, así como la modificación está claramente conectada con el objeto del contrato y responde a causas imprevistas que exigen una alteración del mismo, las obras complementarias pueden separarse de dicho objeto y requieren la elaboración de un proyecto independiente, si bien por su estrecha colaboración con el contrato principal, cuando se cumplan los requisitos exigidos podrán adjudicarse por el procedimiento negociado sin publicidad. En definitiva, las obras complementarias tienen un grado de independencia respecto del contrato principal que las modificaciones contractuales no tienen.

Por tanto, consisten en la adición de nuevas obras con su correspondiente proyecto al margen del inicial que no se modifica, dando lugar a un contrato diferente que se adjudica por procedimiento negociado¹⁸⁴. Entonces, el criterio básico de diferenciación entre el “modificado” y este tipo de obras complementarias, son que mientras aquél surge como una cuestión interna del contrato, las prestaciones complementarias son de carácter externas al mismo. Su existencia debe estar justificada sobre la base de circunstancias imprevistas y de no ser posible alcanzar el resultado pretendido mediante licitación ordinaria.

También se ha tratado de buscar una delimitación desde el plano doctrinal. Según MARTÍN REBOLLO, L¹⁸⁵, se tratan de obras que no figuran en el proyecto ni en el contrato. En consecuencia, haría falta un nuevo contrato. Si se tratarán de obras

¹⁸³ Ver, Sentencias del T.J.U.E. de 3 de Mayo de 1994, C-328/92, Comisión/Reino de España, de 10 de Abril de 2003, C-20/01, Comisión/República Federal Alemana y de 2 de Junio de 2005, C-394/02, Comisión/República Helena.

¹⁸⁴El texto refundido de 2000, (Art. 141 L.C.A.P) preveía que podía utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente. Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal: 1. Que las obras no pudieran separarse técnica o económicamente del contrato preceptivo sin causar inconveniente mayores a la Administración o que, aunque separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución. 2. Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto este formadas, al menos por el 50% del presupuesto por unidades de obra del contrato principal. 3. Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20% del precio del primitivo contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente.

¹⁸⁵ Ver, MARTÍN REBOLLO, L: “*Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, THOMSON-CIVITAS, 2ª Edición Madrid 2004 – Pág. 584-585.

necesarias, podría aprovecharse la experiencia del contratista que ejecuta el contrato principal para encomendarle esa nueva obra. En este caso, la Ley admitiría una nueva adjudicación, bajo el procedimiento “negociado sin publicidad”, omitiéndose la libre concurrencia de un nuevo contrato. BELTRÁN GÓMEZ, A.I.¹⁸⁶ señala que además, la modificación del contrato no podrá realizarse: 1º) Con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas. 2º) Ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo. 3º) Incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los Arts. 171.b) –obras complementarias- ó 174.b) –servicios complementarios- (Art. 105.2 T.R.L.C.S.P 92.2 *bis* L.C.S.P-). GARCÉS SANAGUSTÍN, M señala que el Art. 92.2 *bis*, distingue entre la modificación del contrato y el contrato complementario, con el fin, en línea con la Directiva 2004/18, de evitar que la figura del modificado pueda dar cobertura a la adjudicación encubierta a favor de adjudicatario preexistente de una prestación de objeto independiente.

No obstante, estas Prestaciones Complementarias pueden utilizarse de forma inadecuada:

- Para reequilibrar un contrato adjudicado a través de una oferta excesivamente baja.
- Recurriéndose a tales Prestaciones Complementarias como solución a “situaciones imprevisibles” dadas sus apariciones reiteradas.
- Para introducir a través de las mismas, “modificaciones” cuyo valor pueden alcanzar un porcentaje elevado en relación al contrato matriz.

Estas consideraciones teóricas pueden dejar una cierta insatisfacción a la hora de saber cómo hay que delimitar estos conceptos del de modificación. Lo cierto es que la Ley maneja una terminología difícil de administrar en la práctica. Por ello no queda más remedio que acudir a la casuística para saber cuándo nos encontramos ante un modificado y cuando ante uno de los conceptos alternativos.

b) La perspectiva del Consejo de Estado.

Sobre la diferencia entre supuestos de modificados y obras complementarias es muy ilustrativo el Consejo de Estado en su Dictamen nº 424/1992, de 2 de Abril de 1992, sobre el Modificado nº 1 del de construcción de la variante de las carreteras LO-710 y LO-712 en SAN ASENSIO (La Rioja). El 21 de Noviembre de 1990, el Consejero de Obras Públicas y Urbanismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja aprobó el proyecto de las obras de construcción de la variante de las carreteras LO-710

¹⁸⁶ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

y LO-712 en San Asensio (La Rioja). Por resolución de 26 de Diciembre de 1990, se adjudicó definitivamente la ejecución de las obras citadas a una empresa, por un precio de 141.876.024 ptas., no susceptible de revisión, y con un plazo de ejecución de seis meses. El 25 de Enero de 1991, se formalizó el contrato en documento administrativo. El 31 de Mayo de 1991, el Ingeniero Director de las obras remitió un escrito, en el que exponía que las obras comenzaron el 26 de Febrero anterior y que, al iniciar la excavación, se había observado "la aparición de roca en grandes cantidades", no contemplada en el proyecto vigente. Se estimaba que el número de metros cúbicos de esta composición sería superior a los 20.000, frente a los 3.316,4 previstos originariamente. Señalaba, además, que las intensas lluvias caídas habían provocado que algunos manantiales, "que hace años se encontraban secos, y no quedaba ni rastro de sus cursos", comenzasen a manar, ocasionando problemas de drenaje. Por último, se refería a diversas peticiones recibidas, que proponían un aumento de un metro en la anchura de un marco, y la ejecución de una entrada al núcleo de San Asensio. Entendía que estas peticiones y deficiencias podrían ser subsanadas con una modificación del proyecto original, cuya redacción solicitaba¹⁸⁷.

Sometido el expediente a la Intervención General del Gobierno de La Rioja, se manifestó lo siguiente: "(...) se cumplen los requisitos establecidos en la Orden de 24 de Febrero de 1983, del Ministerio de Economía y Hacienda [,] sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto, no obstante, no se incluye el dictamen del Consejo de Estado, preceptivo al exceder el modificado los límites señalados en el Art. 51 del R. G.C.E.". "Así, siendo la fiscalización una actuación posterior, toda vez que el acto de Intervención es un acto de control de la legalidad, no procede la emisión del informe

¹⁸⁷Una vez obtenida la autorización correspondiente, se redactó un proyecto modificado por el propio Director de las obras en el sentido solicitado. Según el presupuesto, su aprobación supondría un importe adicional líquido de 60.499.772 ptas., un 42,643 por 100 del vigente-. La partida que sufría un incremento absoluto mayor era la relativa a la "excavación en la explanación de roca", que pasaba de 3.624.825 a 27.680.225 ptas. Se preveía la inclusión de una fórmula para la revisión de precios y la finalización de las obras el 15 de Julio de 1992, "ampliando en dos meses y medio el plazo de ejecución", para lo que tenía en cuenta "las prórrogas concedidas". El 28 de Noviembre de 1991, se emitió el informe de supervisión, en sentido favorable. Obran en el expediente el acta de replanteo de la obra y el certificado de disponibilidad de los terrenos. El 10 de Febrero de 1992, se añadió al proyecto una diligencia que recogía el aumento del tipo impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido, llevado a cabo por la Ley 31/1991, de 30 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992. Según ella, al importe adicional líquido se debían sumar 540.177 ptas., correspondientes al reformado y 692.561 más por los trabajos contenidos en el contrato vigente pero no finalizados en el año 1991. No obstante, en un escrito del Director General de Obras Públicas del 17 de Febrero siguiente se tenía en cuenta tan sólo la primera de las cantidades, y así resultaba un precio total adicional de 61.039.949 ptas. El 25 de Febrero de 1992, se libró un certificado de existencia de crédito suficiente, por la cantidad últimamente mencionada, y el Consejero de Obras Públicas y Urbanismo del Gobierno de La Rioja aprobó el proyecto. El mismo día 25 de Febrero se redactaron dos propuestas de resolución: la primera, dirigida al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, se refería a la autorización del gasto de 61.039.949 ptas., y a la aprobación de la adjudicación "directa y definitiva" a la empresa; la segunda, que se habría de someter al Consejero de Obras Públicas y Urbanismo aunque estaba firmada por él, versaba sobre la adjudicación definitiva de la ejecución de las obras del modificado a la empresa citada, por aquella cantidad, con reajuste del plazo de ejecución -que se extendería hasta el 15 de Julio de 1992-, y con requerimiento a la empresa para que llevase a cabo la formalización del contrato y la ampliación de la fianza en 2.473.164 ptas. El contratista manifestó, el 6 de Marzo de 1992, que estaba conforme con la realización de las obras incluidas en el reformado y con los precios del proyecto. El 9 de Marzo informó la Asesoría Jurídica del Gobierno de La Rioja en sentido favorable a la aprobación de la modificación. Señalaba que debía solicitarse el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, a tenor del Art. 51 del Reglamento General de Contratación.

hasta que el Consejo de Estado no se pronuncie." "Independientemente de lo anterior, se quiere señalar que la parte de obra solicitada por el Ayuntamiento de San Asensio debería haberse tramitado, no como parte del modificado, sino como obra complementaria".

Por lo que toca a los aspectos de fondo que el expediente suscita, se aprecia que el hallazgo de rocas en el subsuelo, en proporción muy superior a la prevista, y el descubrimiento de cauces no permanentes de los que no existía rastro alguno, son causas técnicas imprevistas que justifican las correspondientes partidas del proyecto modificado (Art. 149 del R.G.C.E.). En esta misma calificación encaja la petición de que se incremente en un metro la anchura de un marco situado en la vía pública, pues pone de manifiesto la circulación de determinados vehículos especiales, seguramente de carácter agrícola, para los que el paso de cinco metros sería demasiado angosto.

Con respecto a la nueva intersección que da entrada a San Asensio, obedeciendo a peticiones municipales, la Intervención General entiende que se trata más de una obra complementaria que de una modificación. La diferencia entre ambas figuras no aparece clara en todos los casos concretos. Con carácter general, este Consejo ha indicado que son criterios aplicables para la distinción entre una y otra la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas, su necesidad en relación al proyecto inicial y las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes (dictámenes de 15 de Diciembre de 1983, número 45.942 del 29 de Noviembre de 1984; número 47.127 del 24 de Julio de 1985; número 48.034, entre otros). En el asunto consultado, la intersección se realiza al mismo nivel, previendo tan solo determinados carriles de aceleración para las incorporaciones y de deceleración, seguidos de la oportuna señal de "stop", para los usuarios que deseen cruzar alguna de las vías. Parece, pues, que estas obras no pueden ser susceptibles de utilización separada, y que su adjudicación y ejecución independientes presentarían inmensas dificultades, dada la integración de los nuevos elementos en las calzadas proyectadas. Su necesidad, de modo análogo, aparece expresada con toda claridad en la memoria del modificado, donde se consigna que está destinada a "absorber prácticamente la totalidad del tráfico de San Asensio". Este Consejo, pues, no comparte el parecer del Órgano fiscal, y entiende que la nueva intersección puede conceptuarse como una verdadera modificación del proyecto primitivo.

Por consiguiente, se observa que las alteraciones pretendidas se ajustan a las disposiciones vigentes y quedan debidamente justificadas en la documentación del expediente.

En lo que toca a la continuación en la ejecución de las obras del contratista adjudicatario del proyecto inicial, sin optar por la resolución del contrato, nada tiene que oponer este Alto Cuerpo, habida cuenta del retraso que sufriría la terminación de la variante, lo que sin duda perjudicaría al interés público.

Más de una década después son muy interesantes dos dictámenes del Consejo de Estado¹⁸⁸ relacionados con el Art. 141.d) L.C.A.P., de 1995, según el cual las obras complementarias "que no figuren en el proyecto, ni en el contrato", han de constituir objeto de un nuevo contrato, que podrá ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad cuando concurren las circunstancias que en dicho precepto se establecen, y en los restantes supuestos "habrán de ser objeto de contratación independiente". Se recuerda por esta alta institución del Estado que como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 424/92, de 2 de Abril de 1992, (que recoge la doctrina de otros muchos, como los números 45.942, 47.127 y 48.034), la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras "no aparece clara en todos los casos", y son criterios aplicables para la distinción entre una y otra la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas y su necesidad en relación con el proyecto inicial, entre otros. En el caso del Dictamen nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003, Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia) se señala que a juicio del Consejo de Estado, no resulta de aplicación en este caso lo dispuesto en el Art. 141.d) citado por no ser "obras complementarias" las contempladas en este expediente. Las obras sobre las que versa este expediente no son susceptibles de utilización separada y son absolutamente indispensables para la ejecución del proyecto inicial, al consistir en una sustitución de un elemento de la obra originaria por otro que cumple idéntica función (sustitución de la losa drenada por la losa anclada impermeable resistente a la sub presión), variando tan solo la solución arquitectónica. En el Dictamen nº 403/2006 de 4 de Mayo de 2006, sobre Expediente relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura.- Conjunto San Gregorio de Valladolid se apunta que a juicio del Consejo de Estado, del expediente no resulta que sea de aplicación en este caso lo dispuesto en el Art. 141.d) citado por no ser "obras complementarias" las contempladas en este expediente. No consta que las obras sobre las que versa este expediente sean susceptibles de utilización separada, y de los documentos incorporados al expediente resulta que son necesarias en relación con el proyecto inicial. No obstante, esta valoración podría hacerse con mayor garantía de acierto si hubiese sido evacuado de forma no sumaria el informe justificativo de la improcedencia de licitación separada, conforme a lo anteriormente expuesto.

Finalmente se puede citar un Dictamen de 2007,¹⁸⁹ donde se dice: "Sobre inaplicabilidad de las normas sobre obras complementarias con arreglo al Art. 141.d) del Real Decreto Legislativo 2/2000, las obras complementarias "que no figuren en el proyecto, ni en el contrato", han de ser objeto de un contrato diferente, que podrá ser

¹⁸⁸ Ver, Dictamen nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003, Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia) y Dictamen nº 403/2006 de 4 de Mayo de 2006, sobre Expediente relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura.- Conjunto San Gregorio de Valladolid.

¹⁸⁹ Ver Consejo de Estado: Dictámenes de 21 de Junio de 2007, Número de expediente: 1126/2007 (EDUCACIÓN Y CIENCIA) Referencia: 1126/2007. Asunto: Expediente relativo a la tercera modificación del contrato de "Redacción, dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Submarinas de Cartagena (Murcia)".

adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad cuando concurren las circunstancias que en dicho precepto se establecen. Como se expuso en el Dictamen número 424/92, de 2 de Abril de 1992, (que recoge la doctrina mantenida en otros muchos, como los números 45.942, 47.127 y 48.034), la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras "no aparece clara en todos los casos", y son criterios aplicables para la distinción entre una y otra la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas y su necesidad en relación con el proyecto inicial, entre otros. A juicio del Consejo de Estado, no resulta de aplicación en este caso lo dispuesto en el Art. 141.d) citado, por no ser "obras complementarias" las contempladas en este expediente. Las obras sobre las que versa el mismo no son susceptibles de utilización separada, y son absolutamente indispensables para la ejecución del proyecto inicial, al referirse a la ampliación de una parte del edificio, el cambio de uso de alguna de sus zonas, y la sustitución de unos elementos (muro de hormigón destinado a la identificación del Museo) por otros (cartel en aluminio-magnesio con letras de 2 metros de altura)".

c) La perspectiva jurisprudencial.

La jurisprudencia sí se atreverá a afrontar la tarea de delimitar este complejo concepto. Ya en un pronunciamiento de 1982,¹⁹⁰ en la Sentencia apelada se dice que al regular la modificación del contrato de obras (título II, Cap. V, Sección 4.ª) R. G. C. E. (R.C.C.L., 1968/209, 483) distingue entre: a) «La reforma del proyecto» (Art. 149), supuesto caracterizado por tener su origen en «necesidades nuevas» o en «causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar aquél», por provocar variaciones en más o en menos en el presupuesto de las obras y por ser obligatorio para el contratista, previa justificación de su necesidad en el expediente (Art. 150.1 en relación con el último inciso del Art. 149.1), siempre que las modificaciones no sean superiores al 20 por 100 del importe del proyecto, ni representen una alteración sustancial del mismo; y b) «El proyecto adicional» (Art. 153), referido a obras accesorias o complementarias del proyecto principal, no necesarias para la ejecución total de la obra a que este último se contrae, sino simplemente «convenientes», objeto de un «contrato independiente», cuya adjudicación tiene lugar siguiendo los trámites reglamentarios, a menos que aquéllas no excedan del 20% precio del contrato principal, supuesto en el cual (Art.153. 2) la ejecución puede confiarse al contratista de dicha obra principal, quien no tiene obligación de aceptar la propuesta de la Administración.

En 1982, es interesante un caso¹⁹¹ donde el T.S., recoge la doctrina de la Sala de la Audiencia Nacional dictada en 2 Marzo 1979, desestimatoria del recurso donde señala que el pedimento principal involucrado con otros accesorios que formula el recurrente, radica en el pago de las obras de enfoscado y enlucido del Grupo de

¹⁹⁰ Ver S.T.S. de 3 de Febrero de 1982, Ar.538, Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roldán Martínez.

¹⁹¹ Ver S.T.S. de 22 de Marzo de 1982, Ar.2312, Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Santolaya Sánchez. La Res. de 3 Marzo 1977, del Director General del Instituto Nacional de la Vivienda aprobó, a todos los efectos prevenidos en el R.G.C.E., la medición-liquidación de las Obras de reparación del Grupo «Mieres Norte», propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda, en Mieres (Oviedo), realizadas de acuerdo con lo previsto en el D. 3671/1963 de 26 Diciembre, por un presupuesto total de 113.155.597 ptas., por la Empresa «Construcciones F. G. T.». Interpuesto recurso de alzada ante el Ministro de la Vivienda por don Fernando G. T., fue desestimado por silencio administrativo.

Viviendas citado, por estimar que tales obras deben ser de abono, aparte de las demás realizadas y que figuran en el proyecto y presupuesto, basándose para ello en la cláusula 2.ª de la escritura de adjudicación de las obras, de 31 Diciembre 1965, que sólo incluye el picado de las cargas interiores y su transporte al vertedero, concepto dispuesto por el Instituto Nacional de la Vivienda con posterioridad a la confección del Proyecto. Tal pretensión es inaceptable, en primer lugar porque ya de la mera lectura de la escritura citada de adjudicación (cláusula 1.ª) se deduce que el recurrente se compromete a ejecutar las obras en cuestión «que se relacionan en el proyecto», el cual dice conocer plenamente, y en dicho proyecto es reiterado en el correspondiente a cada bloque el concepto de obras de revestimiento (capítulo VI del respectivo bloque), el que incluye, según literalmente se dice, el guarnecido maestreado de interiores en paramentos verticales y horizontales, y el enlucido de yeso en los mismos; y como no se incluyó en el proyecto el picado de paredes y techos, se subsanó este defecto del proyecto en la escritura de adjudicación, sin alteración del presupuesto total; pero de esta inclusión no puede deducirse en modo alguno que no se incluyera el enfoscado y enlucido, puesto que la lectura del proyecto lo desmiente rotundamente como se ha visto, ya que por la misma razón el recurrente podría haberse referido a cualquier otra de las obras también incluidas en el presupuesto y no mencionadas en dicha escritura. Que aunque el recurrente omite en sus escritos el término «revestimiento» que utiliza el proyecto, no cabe duda, y así viene a deducirse del dictamen pericial obrante en autos, que tal término incluye el enfoscado y el enlucido; sin que ninguna consecuencia pueda deducir de tal dictamen el recurrente, puesto que no se pretendió a través de él resolver la cuestión debatida de si enfoscado y enlucido se incluyeron o no en el proyecto; siendo de observar que el recurrente guarda absoluto silencio sobre las obras de revestimiento que con tanta reiteración utiliza el proyecto, y no explica a qué revestimientos con guarnecido maestreado de interiores y enlucido de yeso se refiere el proyecto, sino como es evidente sólo se refiere a los que con indebida reiteración pide otra vez en el recurso, no obstante haberle comunicado la Delegación Provincial de la Vivienda de Oviedo en 6 Septiembre 1976, ap. 3.º, que en el proyecto ya figuraba el expresado guarnecido y enlucido de yeso. Tampoco puede deducir el recurrente la aprobación de las supuestas obras complementarias, respecto a las notas que aparecen en el Libro de Órdenes de la obra, en las que por otra parte no se niega que todo aumento de obra requiere aprobación por la Superioridad, tal como, según se ve a continuación, es preceptivo según la legislación vigente. Que aunque se admitiese hipotéticamente que las obras de enfoscado y enlucido de yeso cuyo importe se reclama no figuraban en el presupuesto y que fueron introducidas por la Dirección de la obra, no sería tampoco estimable el recurso: a) Porque según certificó el Arquitecto director en 13 Octubre 1976, la valoración de las obras no podía sufrir alteración alguna ni por aumento de la obra ni por variación de precios, y ello sin duda porque, como se dice en el ap.14 del Pliego de Condiciones, toda modificación de obra requiere aprobación del Instituto Nacional de la Vivienda, y que en la liquidación definitiva (ap. 22, párr. 2) se tendrán en cuenta los precios que constan en el presupuesto; b) El mismo criterio se deduce claramente del Art. 147 del R.G.C.E., de 25 Noviembre 1975, que preceptúa que la modificación del contrato que no sea causa de resolución «será acordada por el órgano de contratación», en este caso el Instituto Nacional de la Vivienda a través de su Delegación en Oviedo. Corroborado en el Art. 153, al exigir contrato independiente con cumplimiento de los trámites previstos en el Reglamento cuando se trate de obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto. Todo ello bajo la

responsabilidad de los funcionarios que consientan modificaciones no autorizadas, según especifica el Art.155. Que en vista de lo anteriormente razonado no procede acceder al pedimento principal de la demanda sobre liquidación de supuestas obras complementarias.

Se ha dicho que suele citarse la S.T.S., de 7 de Julio de 1998, como delimitadora del concepto de obra complementaria¹⁹². Se dice en esta Sentencia¹⁹³ lo siguiente: “Como ya hemos indicado, la posibilidad de modificación de las prestaciones pactadas inicialmente o la realización de obras complementarias y accesorias de aquellas, aparece previsto en los Arts. 53 y 54 del R.C.C.L., en el 48 de la L.C.E., y en los 146 y 153 de su Reglamento, también de aplicación a las Corporaciones locales conforme a la disposición adicional 2ª del primero de los Reglamentos citados. Para determinar si se trata de una simple modificación contractual o en su caso de un proyecto de obras complementarias, hay que atender a la posible utilización separada de las nuevas

¹⁹² Ver <http://fiscalización.es>. Se dice aquí que debe diferenciarse la modificación contractual de aquella denominada obra complementaria, que podría separarse de la principal y requiere contratación independiente. No hace falta que recordemos el litigio que España tiene con la U.E. por el uso de estas figuras, que dio lugar, el año pasado, a una dura carta de emplazamiento y al correspondiente dictamen motivado, tras escuchar al gobierno español, que no podía usarlas para justificar los fondos europeos. En la normativa que se proyecta, restringirá su uso. El abuso indiscriminado por parte de los poderes adjudicadores españoles de los modificados y la contratación *digital* de las obras complementarias debe acabarse.

¹⁹³ Ver S.T.S. de 7 de Julio de 1998, Ar.5744, Nº de Recurso: 6878/1992, Ponente: D. JUAN MANUEL SANZ BAYON. La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de Marzo de 1992, estimó el recurso interpuesto por "Electricidad Verchill, S.L." contra el Ayuntamiento de Navajas (Castellón), que tácitamente había denegado la petición de 2 de Enero de 1987, sobre pago de certificaciones de obras de alumbrado público en dicho municipio, habiendo efectuado denuncia de mora el 1 de Agosto de 1988. Es claro y evidente, que independientemente del contrato de obras celebrado para la instalación del alumbrado público, y materializado conforme al proyecto aprobado, se realizaron unidades de obra fuera del referido proyecto originario, propuestas y aceptadas por ambas partes, y aunque no consta en autos, documento alguno donde se plasme tal convenio, su realidad aparece reflejada de modo suficiente en el expediente administrativo remitido por el propio Ayuntamiento de Navajas, y así en el escrito dirigido por el contratista al Sr. Alcalde de Navajas el 18 de Julio de 1986, se expresa que han surgido unidades de obras realizadas y entregadas fuera del proyecto original y pendientes de liquidación por el Ayuntamiento, anunciando por ello, la puesta en circulación de dos efectos, con su vencimiento, a cuenta de la liquidación definitiva a realizar y cuyo montante es muy superior a los efectos en circulación, seguida de otro comunicado de 2 de Octubre de 1986, donde se aplaza el vencimiento de uno de los efectos " a cuenta de la certificación definitiva pendiente", sin que conste objeción municipal alguna posterior a la recepción de dichas cartas. También, en escrito de la Alcaldía al contratista de 12 de Diciembre de 1986, se reconocía la deuda "por exceso de obra" si bien se añadía que con el pago de los efectos antes citados quedaba ya cancelada la deuda contraída. En documento sin fecha, con el membrete del Ayuntamiento de Navajas, se contiene una "liquidación realizada sobre exceso de obra y cable, en ambas fases de acuerdo con el Convenio establecido con el contratista", y en certificación del Secretario del órgano municipal citado de 12 de Marzo de 1986, se hace constar que el Pleno del Ayuntamiento de 12 de Marzo de 1986, acordó por unanimidad "aprobar la relación de precios enviada" por el contratista, "que se facturarán a las mediciones a realizar en las obras fuera del proyecto 1ª y 2ª Fase del Alumbrado Público". Todo lo expuesto, revela con meridiana claridad la fehaciente realidad de la realización de obras fuera de proyecto con precio convenido y pactado por las partes, así como la facturación explicitada por conceptos respecto de la entidad cuantitativa de tales obras, de la que se deducía el importe de lo ya abonado, con cargo a este exceso de obra en los efectos girados en su día, y sin que la parte aquí apelante haya acreditado, aunque lo haya alegado, que tales obras y su valoración no se correspondían con las efectivamente realizadas.

obras¹⁹⁴, a su necesidad (vinculación directa) en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales, ninguno de cuyos elementos ha sido cuestionado por la parte apelante, por lo que procede desestimar el recurso de apelación planteado”¹⁹⁵.

Se ha discutido en ocasiones si nos encontrábamos ante un modificado o una obra complementaria.

En un caso de 1985¹⁹⁶, el Tribunal de instancia afirma que resulta evidente, que nos encontramos en presencia de unas obras accesorias o complementarias, no incluidas en

¹⁹⁴ Sobre el concepto de obra completa en la S.T.S. de 15 Febrero 1984, 956, Ponente: Excmo. Sr. D. José Garralda Valcárcel. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó Sentencia en 8 Marzo 1982, desestimando los recursos interpuestos por los Ayuntamientos de Basella y Tiurana (Lérida), la Comunidad de regantes de Tiurana y doña María N. R., contra resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 4 Marzo 1978, desestimatoria de la reposición deducida contra la de 20 Abril 1967, que aprobó el proyecto de presa de Rialp-Plan del Segre por ser las resoluciones administrativas ajustadas a derecho. Que según el orden de los argumentos expuestos en la Sentencia apelada como fundamento de su fallo y que se pretende rebatir por las partes apelantes, se han de tratar aquéllos en este grado jurisdiccional y al efecto se ha de añadir como corroboración de la forma en que se rechaza la invocada infracción del Art. 21 de la L.C.E., que el principio de unidad de obra que consagra el mismo para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda, no puede entenderse en el sentido tan radical como lo interpretan los recurrentes con la natural mira interesada al esgrimirlo en favor de su tesis impugnatoria de los actos atacados, sino que según el texto del precepto que nos ocupa por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto y con esta visión del problema es dable estimar que el proyecto de construcción de la presa cuestionada comprensivo de todos los datos conducentes al cumplimiento de su fin primordial de contribuir al desarrollo del Plan de aprovechamiento total del río Segre, es una obra completa a los efectos de que se trata, aunque no comprenda también los particulares relativos a la central hidroeléctrica como uno de sus aprovechamientos pensado, si bien incluye el proyecto según los datos que obran en autos, la toma para dicho futuro aprovechamiento, puesto que la central y la nueva toma del Canal de Urgel, se consideran obras privadas cuyo proyecto ha de presentar a la Administración el solicitante de la concesión y por consiguiente la Orden impugnada no vulnera el repetido Art. 21 al aprobar el proyecto de la presa en esas condiciones formulado, ni cabe entenderla incurso en el supuesto de nulidad radical previsto en el ap. c) del Art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que se le imputa.

¹⁹⁵ Considerar también los límites respectivos del 50% y 20% con el presupuesto de unidades de obra y con el acumulado del contrato principal.

¹⁹⁶ Ver S.T.S. de 30 Enero 1985, 934, Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Botella Taza. En el año 1967, D. C., S. A. resultó adjudicatario de la obra W-9 Zona residencial Motril/Granada por importe total de 39.472.756,98 ptas. En el mes de Abril de 1973, se aprueba, un proyecto Complementario de Obras de W-9 para la construcción, aprovechando la topografía del terreno, de Local Social, Escuelas, Iglesia, Trasteros, Garages, Gimnasio y locales libres para distintos usos, así como para funcionamiento de la red de aguas y desagües de la obra principal. Que tales obras fueran adjudicadas por Contratación Directa a D. C., S. A., como contratista de la obra principal, por importe de 6.605.077 ptas., levantándose acta de Replanteo en Febrero de 1974. Que tales obras, aunque no existe constancia de la fecha de realización de las mismas, fueron ejecutadas por la empresa D. C., S. A., por contratación directa, y a plena satisfacción del Contratante. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «D. C., S. A.», la Sala de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 21 de Abril de 1982, lo estima, declarando nula la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho y declarando el derecho que le asiste a «D. C., S. A.» a cobrar 6.605.077 ptas., importe de las Obras Complementarias de la W-9 Zona Residencial Motril (Granada)

el proyecto principal, y que tiene tal carácter no solamente por haberlo así estipulado las partes, y aprobado por la autoridad competente, sino también en cuanto las mismas se realizaron para aprovechar la topografía del terreno, y como perfeccionamiento de las obras de abastecimiento de agua y alcantarillado de la principal y dado que las mismas, en su cuantía no exceden del 20% del contrato principal, pueden confiarse al contratista del principal, por contratación directa de acuerdo con los precios que rigen para el contrato principal, es decir, nos encontramos de lleno dentro del supuesto contemplado en el Art.153.2. del R.G.C.E., y en consecuencia no necesitan cumplir los trámites previstos en el Reglamento para la contratación en general, y procede en consecuencia la estimación del recurso, en cuanto que la resolución impugnada no es conforme a Derecho¹⁹⁷.

En un asunto de 2012¹⁹⁸, sobre la infracción del Art.153 del R.G.C.E., la parte recurrente señala, resumidamente, que la Sentencia impugnada olvida que el citado proyecto complementario no reúne las características que exige de manera imperativa el Art. 153 del indicado Reglamento, por lo que, en realidad, nos encontramos ante un simple proyecto modificado, o ejercicio camuflado del *ius variandi*, el cual genera, por sí sólo, derecho del contratista a ser indemnizado de los daños y perjuicios que origine el uso de dicha prerrogativa. Y dado que las obras derivadas de la falta de permeabilización del vaso de la presa o de la inexistencia de plan de emergencia de la presa eran indispensables para su buen fin y, evidentemente, no eran susceptibles de

efectuadas por dicha sociedad, ordenando a la administración demandada el abono de la misma. D. C., S. A., interpone recurso contra la resolución de dicho Ministerio de fecha 13 de Agosto de 1979, por la que se deniega la petición de la recurrente para que se trámite urgentemente la adjudicación de las Obras Complementarias de la W-9 Zona Residencial Motril/Granada, y se haga efectivo su importe de 6.605.077 ptas.

¹⁹⁷ Que la Administración demandada y apelante reproduce en esta segunda instancia la misma cuestión por dicha parte promovida ante la Audiencia con fundamental base en la imposibilidad de aplicar al caso el Art. 153.2 del Reglamento General de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3357/1967, de 28 de Diciembre (RCL 1968/209), por no darse los supuestos previstos en la expresada norma de carácter excepcional con respecto de la regla general de calificación de independientes, objeto de autónomo contrato, asignada a las obras accesorias o complementarias en el párrafo primero de dicho precepto reglamentario; tesis esta que, sin embargo, carece de la necesaria fundamentación en el expediente y en los autos, donde aparecen probados, y como tales correctamente definidos en la Sentencia apelada, hechos determinantes del sentido positivo de la cuestionada calificación excepcional, pues evidente la inclusión del total precio presupuestado para la obra complementaria en el veinte por ciento del fijado para la obra principal u originaria, según contrato, no existe discordancia por causa de naturaleza o destino de las añadidas construcciones que autorice a establecer función de continuidad en su función arquitectónica unitaria, ni cabe prescindir de la condición de conjunto residencial del grupo originariamente construido al cual complementan en equipamiento o mejora de dotaciones y servicios; sin que la alegada confusión entre presupuesto y proyecto de la que, según alega la parte apelante, oculta la real índole independiente de éste último, constituya óbice a las expuestas conclusiones directamente derivadas del armónico conjunto resultante donde cada elemento es solidario y obtiene significación constructiva en su investigación sistemática con los demás, razón que excluye toda posibilidad de predominio de aspectos formalistas, conceptuales o procedimentales, que traerían por consecuencia el enriquecimiento injusto de la Administración contratante ante la necesidad de aplicar, si prosperaran sus tesis de falta de autorización de las obras, el Art. 155 del citado Reglamento General en su párrafo segundo con el consiguiente efecto para el empresario de pérdida de la obra dados los mayores costos que le produciría la demolición.

¹⁹⁸ Ver S.T.S. de 7 de Junio de 2012. Nº de Recurso: 2050/2009, Ponente: D JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

utilización separada, no pueden ser calificadas de obras complementarias, sino que representan un nuevo modificado y alteración de la misma obra¹⁹⁹.

En cuanto a la aplicación del Art.153, aparece en varios casos jurisprudenciales sin que se aborde su definición.

A comienzos de la década de los ochenta afirma el Supremo en un asunto²⁰⁰ que las obras del proyecto adicional de "ordenación mínima del entorno" si bien consta que

¹⁹⁹ Para resolver el motivo procede subrayar los siguientes datos extraídos del análisis del expediente administrativo, de las actuaciones seguidas en la primera instancia jurisdiccional y en este recurso, en parte ya examinadas al concretar los antecedentes de la cuestión planteada: 1º) Como se destaca en la Sentencia objeto del recurso interpuesto, sobre la modificación número 1, se propuso la aprobación técnica de la misma por un presupuesto total de 422.505.773 ptas., expresándose por la parte recurrente su conformidad con las modificaciones introducidas en el contrato administrativo referenciado, así como cuantos documentos lo integran, aprobándose el proyecto indicado en fecha de 4 de Octubre de 2000, sin que conste la formalización de objeción u oposición alguna al respecto por parte de la contratista y firmándose el documento administrativo de formalización el día 13 de Diciembre de 2000. 2º) En cuanto a las obras complementarias número 1, modificación número 1, por importe de 507.578,10 €, IVA incluido, resultaron adjudicadas a la parte recurrente en virtud de Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de fecha de 28 de mayo de 2002, constando el documento administrativo de formalización de fecha de 5 de Junio de 2002, sin que aparezca objeción o protesta alguna al respecto por la parte recurrente. 3º) Existe constancia, asimismo, de la aprobación de la liquidación final de la obra por importe de 616.481,92 €, con un adicional de 108.903,82 € y saldo a favor del contratista de 109.161,67 €, sin que fuera impugnada por la parte recurrente, sino a partir de la presentación del escrito de reclamación, cuya desestimación por silencio es objeto del presente recurso. 4º) Cuando se formula la presente reclamación, ya habían sido recibidas definitivamente las obras y liquidado definitivamente, sin que se impugnare con anterioridad cuestión alguna por la parte recurrente; desconociéndose a partir de dicha reclamación el sentido y la propia literalidad del entonces aplicable Art. 148.1 de la Ley 13/1995 y, en todo caso, la empresa contratista tuvo pleno conocimiento de las diferentes modificaciones y añadidos introducidos en la redacción inicial del proyecto de obras. 5º) En cuanto al modificado del proyecto, no cabe obviar que la pericial judicial, en relación con el resto de los documentos que se incorporan al expediente administrativo, permite constatar el respeto a los plazos a tales efectos previstos en el apartado cuarto del Art.146 del Ley 13/1995, L.C.A.P., para la modificación, esto es, la suspensión temporal parcial de las obras con fecha de 15 de Junio de 2000, aprobándose técnicamente el proyecto en fecha de 4 de Octubre de 2000, fecha en que se levanta la suspensión parcial de las obras, firmándose el documento administrativo el día 13 de Diciembre de 2000, y el acta de replanteo de las obras modificadas con fecha de 14 de Diciembre de ese mismo año. Las razones señaladas desvirtúan la prosperidad del motivo.

²⁰⁰ Ver S.T.S. de 21 de Noviembre de 1981, Ar.5265, Ponente: D.PAULINO MARTÍN MARTÍN. El 9 de Septiembre de 1970, fueron adjudicados al actor por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos de Oviedo las obras de un centro cultural en Santa Cruz de Mieres con presupuesto de 4.454.259 ptas., y fianza de 179.000 ptas. En la cláusula 2ª del contrato se estipuló el plazo de ejecución de 20 meses a contar de la fecha del acta de replanteo; éste acta no fue levantada. Las obras comenzaron el 2 de Enero de 1971, y en el mes de Octubre siguiente hubieron de paralizarse por no cumplimiento, por parte del Ayuntamiento, pero en cualquier caso en Octubre de 1971, estaba ejecutada la casi totalidad de la obra inicialmente proyectada. El director técnico de la obra puso de manifiesto a la Comisión, la necesidad de un nuevo contrato de obra en relación con las precisas para llevar a cabo excavación de tierras y ampliación de la cimentación (obras, entre otras, indispensables dadas las características del terreno o solar), las que fueron adjudicadas al actor el 10 de Junio de 1974, con un presupuesto de 2.720.307 ptas. Con independencia del proyecto adicional anterior, la Dirección Facultativa de la Administración estimó necesario elaborar el denominado proyecto adicional de ordenación mínima, del entorno que circunda el edificio por un presupuesto de 2.219.418 ptas., petición desestimada por el acuerdo de la Comisión de 27 de Enero de 1976. Entre 12/11/74 (fecha de la elevación a la Comisión del 2º proyecto adicional) y el 27 de Enero de 1976, (data de la denegación) se terminaron las obras de las dos primeras fases (proyecto inicial y adicional 1º) y siguiendo las instrucciones del facultativo de la Administración, se abordó la

fueron realizadas por el contratista a su cargo y conforme o siguiendo las instrucciones, del Arquitecto director de la obra, no puede ignorarse que el proyecto adicional 2º fue denegado expresamente por la Comisión provincial mediante el acuerdo expreso de 27 Enero 76, por lo que mal puede ampararse la reclamación en lo prescrito en el Art. 44 de la Ley y 130 del Reglamento, esto es, sujeción estricta del contratista a las instrucciones del facultativo de la Administración ya que estas responden a llevar a la práctica de una manera conveniente (según la interpretación dada por el técnico director) las obras de ejecución con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que le sirve de base, cuando aquí nos encontramos con un proyecto y presupuestos nuevos e independientes referidos a una obras de ordenación del entorno que aunque merezcan la calificación de necesarias y de entidad mínima no

ejecución de las obras de ordenación del entorno (2º proyecto adicional) en la confianza –buena fe- de que serían aprobadas (las primeras se aprobaron con retraso de más de un año y medio) dada su necesidad en relación con los indispensables accesos etc., las cuales obras estaban prácticamente terminadas cuando se produjo el acuerdo denegatorio de Enero de 1976. La Comisión, requiere al Arquitecto director para que informe sobre el estado de la obra y este, declara que "las mencionadas obras no están totalmente terminadas puesto que se encuentran a falta de pintura, pavimentación de la cancha y varios pequeños detalles..." alude a las circunstancias concurrentes y vicisitudes de la obra" creyendo que, en Justicia no es imputable al contratista la no terminación de la obra, vistas las causas que la motivan". Y a la vez que se alude a la obligada paralización de las obras, no imputable al contratista y, en cuanto al 2º proyecto adicional "las obras se han ido realizando a costa del contratista, aunque queda una parte mínima..." Formulado escrito de alegaciones por el actor, (pidiendo lo mismo que más tarde forma el contenido de la pretensión) informa de nuevo el técnico de la administración ratificando el informe anterior, se insiste en las vicisitudes de la obra que provocaron paralización y aumento de costes, a la vez que se abunda en el hecho destacable de que las obras realizadas por el contratista en base del proyecto adicional 2º (entorno) lo fueron de acuerdo con el presupuesto confeccionado por el mismo y del cual tenía conocimiento la Comisión a través del escrito de 23 de Marzo de 1976, que le había elevado la Dirección técnica. La Comisión por acuerdo de 17 de Marzo de 1977, acuerda la resolución de los dos contratos de obra (el de 10 de Septiembre de 1970, y el de 10 de Junio de 1974), comprendida la fianza y exigencia de daños o perjuicios en su caso. Que en cuanto al tema de la devolución de la fianza constituida por el contratista, la Sala en base a una apreciación racional de los diferentes instrumentos probatorios incorporados al expediente y proceso de instancia, tiene que aceptar como válida y cierta la afirmación del actor de que frente a lo dicho por la Administración, el contratista cumplió lo pactado, esto es, realiza las obras referentes al primer contrato, y también las correspondientes al primer proyecto adicional, porque si bien es cierto que inicialmente en el correspondiente capítulo, el arquitecto director de la obra aduce la falta de pequeños detalles o remates, la armonización de tales afirmaciones con lo dicho por el propio técnico en el proceso (preguntas 11 y 13 del interrogatorio y referidas al contrato inicial y al adicional respectivamente) y por el resultado de la prueba pericial evacuada en vía procesal, conduce a entender que las obras estaban terminadas y eran susceptibles de recepción por la Administración en el momento en que se decretó la resolución (17 Marzo 77), como incluso sostiene el técnico de la Administración en su informe de 5 Septiembre 77, al decir literalmente que "la obra ejecutada se encontraba en condiciones de ser recibida provisionalmente..." en definitiva (y con independencia de los daños que por actos extraños se han producido con posterioridad y debido al abandono...) se ha acreditado en el proceso el acto, en que la Administración resolvió los contratos y los requisitos (realización de las obras) precisos para haber accedido a la recepción de las obras con devolución de la fianza constituida y referida al primer contrato, en base de lo dispuesto en el Art. 120 y concordantes de la Ley de Contratos y Art. 364 de su Reglamento, puesto que en realidad nos encontramos ante un supuesto de obras terminadas y que la Administración rechazó recibir en tiempo anterior a la decisión de resolución (mes y medio antes) en base a objeciones inoperantes por su irrelevancia. Que en cuanto a la reclamación de la cantidad de 11.301 ptas., correspondientes a la diferencia existente entre la obra certificada y pagada y la realizada respecto del primer proyecto adicional, la conclusión no puede ser otra que declarar correcta la petición de abono - ya que su procedencia viene amparada por el informe del Arquitecto Director de la obra, y de su testimonio, en concordancia con lo dicho por el informe pericial que acreditan la realización de las obras conforme a proyecto aprobado y pendientes de liquidación y pago de la partida reclamada.

podían ser realizadas sin aprobación del proyecto por la autoridad competente y por ello improcedente legalmente de que las mismas o su coste puedan imponerse *a posteriori* a la Administración por contar con la autorización del director técnico de la obra, que sin duda, en ese particular, se extralimitó en sus facultades, a la vez que no se cumplieron las prescripciones del Art.153 del Reglamento para que tales obras o su coste fuesen asumidas por la Administración, tal como preceptúa el propio Art.155 del Texto Reglamentario, si bien dadas las especiales circunstancias que concurren en el caso de autos (y tal como se reconoce en el Considerando 4º). La especial naturaleza de las obras realizadas al amparo del proyecto de ordenación del entorno y de la buena fe del contratista impiden la viabilidad de la pretensión de indemnización a favor de la Administración que como declaración última se contiene en el acuerdo impugnado de 17 Marzo 77, ya que no solo la actuación del contratista fue correcta a lo largo de la fase de ejecución sino que las realizadas para acondicionar el entorno y accesos al edificio, suponen una mejora, que aunque fuera de lo pactado, suponen indudablemente una ventaja que en el peor de los casos liberan al contratista de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios. Estima el recurso.

A finales de la década²⁰¹ cabe citar aquí una Sentencia de 1988²⁰². El T.S., aclaró lo siguiente: “Aceptando los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada. Primero:

²⁰¹ A mediados de los ochenta se puede citar la S.T.S. de 30 Enero 1984, 2435, Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Botella Taza. El día 15 Febrero 1978, presentó «L., S. A.», una reclamación ante el Instituto Nacional de Previsión, relativa al contrato de obras de ampliación y reforma de la Ciudad Sanitaria de la Paz incumplido en diversos aspectos por dicho Instituto; «L., S. A.» interpone recurso ante la Sala de la Audiencia Nacional, en S. de 22 Enero 1982, que lo estima en parte, declarando la extinción del contrato principal de obras de autos, en la parte del mismo aún no ejecutada; condenando a la Administración demandada a la liquidación de las obras, del contrato de obras de autos, y cancelación de las garantías al mismo afectas, si no se hubiere producido ya; al abono, previa la tramitación del caso, de las Certificaciones de Obra pendientes de pago, en relación con los contratos adicionales al principal de autos. Que en lo que se refiere al solicitado abono del importe de las Certificaciones de Obra procedentes de los contratos adicionales a la obra principal que nos ocupa; sobre tal extremo es de destacar que la única objeción opuesta por la Abogacía del Estado al solicitado abono, es la imprecisión en que incurre la recurrente en su demanda en relación con esta pretensión; pues bien, aun admitiendo este Tribunal la indudable vaguedad, singularmente cuantitativa, en que incurre la demanda, no puede sin embargo desdeñarse el hecho de que en el segundo de sus Fundamentos fácticos se enumeran y especifican cuáles son tales Adicionales, lo que se ve confirmado a través de múltiples constancias del Expediente Administrativo, por lo que ante la existencia de tales actos fácticos, ha de darse por salvada la falta de concreción que se imputa a la demanda sobre tal extremo, dejándose para ejecución de Sentencia la fijación cuantitativa de tales determinaciones, y todo ello a la vista de lo establecido en los Arts. 47 de la L. C. E. y Arts. 142 y siguientes de su Reglamento. El T.S., desestimando el recurso, entiende que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, aplica correctamente en su Sentencia los Arts. 57 y 120 de la L. C. E y 157.3; 176, 177 y 364 de su Reglamento General, con especial incidencia del primero de los citados preceptos reglamentarios, en cuanto que la falta de reserva al efecto, por el Organismo contratante respecto a las obras no ejecutadas, y estimar cumplido lo contratado al recibir dichas obras ejecutadas, enerva y desvirtúa cuantas objeciones se opusieron de contrario, con base en la errónea escisión del objeto contractual definido y consolidado, tanto por la mutua aceptación como por las obras adicionales que sucesivamente afectaron al contrato principal y originario.

²⁰² Ver S.T.S. de 18 de Octubre de 1988, Ar.7854, PONENTE: Excmo. Sr. D. Julián García Estartús. El Ayuntamiento Pleno de Salamanca dictó acuerdos en 30 de Abril de 1985, relativos a la aprobación de los proyectos Adicional n.º 2 y de Finalización de las obras del Parque Barrio Garrido. Interpuestos recursos de reposición por los Concejales pertenecientes al Grupo Popular del mencionado Ayuntamiento, fueron desestimados por acuerdo de dicha Corporación de 23 de Julio de 1985. Se interpuso contra los anteriores actos recurso contencioso-administrativo ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia de Valladolid,

Las cuestiones planteadas por los recurrentes relativas a la conformidad de los acuerdos impugnados con las disposiciones legales y reglamentarias, aplicables a la liquidación de unas obras no previstas en el proyecto aprobado por la Corporación Municipal demandada, y a la adjudicación de otras necesarias para la construcción del Parque Barrio Garrido de la Ciudad de Salamanca: Proyecto Adicional n.º 2 y Proyecto de Finalización, fueron correctamente dilucidadas por el Tribunal *a quo*, sin que en esta apelación se hayan aportado por los recurrentes nuevos elementos de juicio que desvirtúen lo afirmado por aquél, respecto a la sustancial adecuación de unos Acuerdos Municipales que atendieron al pago de unas obras realizadas y no previstas por la adjudicataria del primer proyecto, cuyo importe no se ha alegado excediera del exigible por la naturaleza de las ejecutadas, ni se ha probado que las modificaciones introducidas al primitivo proyecto, con resolución del contrato celebrado con la empresa constructora

solicitando la anulación de los acuerdos recurridos por ser contrarios a derecho, declarándose la aplicabilidad y aplicación de los Arts. 154 y 155 del Reglamento de Contratos del Estado». La Sala dictó Sentencia desestimando la pretensión. En relación con el llamado Proyecto Adicional n.º 2, se alegan las siguientes infracciones normativas: A) La del Art. 55 del Reglamento L. C. E., por cuanto entienden lógicamente los demandantes, que un proyecto se refiere a una obra por ejecutar y no a una obra ya ejecutada; mas, al margen de que el precepto al que probablemente quisieron referirse los demandantes sea el Art. 56 y no el 55, de dicho Reglamento. No puede obviarse el dato de que las unidades de obra a que este documento se refiere, se integran en una actividad global no sólo proyectada oportunamente, sino también adjudicada regularmente a una Empresa Constructora, que, además, en ese momento había llevado a cabo unas unidades de obra no contempladas -por imprevisibles- en el proyecto inicial -datos estos no contradichos en la demanda- y si a ello añadimos que ante la magnitud de las modificaciones que del Proyecto inicial se consideraron necesarias a la vista de su ejecución, el Técnico Redactor estimó preciso elaborar otro Proyecto definitivo, cuya ejecución exigía la resolución del contrato que ligaba al Ayuntamiento con la Empresa Majofer. Hemos de aceptar que, al margen de su denominación, estamos en presencia de una liquidación de obra en la que, junto a las partes de obra incluidas en el Proyecto Inicial, se contemplan ampliaciones impuestas por la propia dinámica de la construcción. Aceptado que estas obras debieron ser objeto de un contrato independiente al exceder su coste del 20 por 100 del precio del contrato inicial - Art.153 del Reglamento - y ante el hecho incuestionable de que en este momento no es posible devolver las prestaciones al estado anterior, la cuestión verdaderamente trascendente a decidir es la de los precios a pagar, puesto que la obligación de pago por parte de la Administración de este tipo de prestaciones, ha sido reiteradamente declarada por nuestro Tribunal Supremo - Sentencias de 29 de Octubre y 3 de Noviembre de 1980, y 21 de Noviembre de 1981, entre otras muchas, aplicando la doctrina de enriquecimiento sin causa. El Art.54.b) del RCCL dice que cuando se trate de materiales, obras o prestaciones no previstos ni valuados unitariamente, los precios se establecerán contradictoriamente, pero en este caso en el que como ha quedado expuesto -lo que se pretendía era una liquidación con «Majofer, S.A.» y ésta la ha aceptado pacíficamente, no tendría justificación el seguimiento de un trámite contradictorio no habiendo surgido discrepancia entre las partes contratantes. «Por lo que se refiere al llamado Proyecto de Finalización se alegan estas otras infracciones: A) Del Art. 146 en relación con el 149 y 153, todos ellos del Reglamento tantas veces citado; infracción que los actores parecen concretar tanto en el hecho de que se modifique el Proyecto Inicial como en que no se respeten los precios de éste, pero incurrir en una contradicción al citar los Arts.146 y 149 -que regulan las modificaciones que sean necesarias durante la ejecución del contrato entre las partes contratantes iniciales- junto al 153, que en su primer párrafo señala que las obras complementarias no incluidas en el proyecto inicial deben ser objeto de un contrato independiente, en el que puedan ser otras las partes y otros los precios. Precisamente, es lo que se ha pretendido en este caso al celebrar un nuevo contrato. Con relación al Art.154 del Reglamento cabe repetir lo dicho al examinar la impugnación del Proyecto Adicional n.º 2 y respecto a la infracción del Art.4 del Reglamento segundo, que los actores justifican en el hecho de haber confiado la redacción del Proyecto de Finalización al mismo técnico que elaboró el proyecto inicial, cabe decir que, sobre no haber sido este punto objeto de controversia en la sesión correspondiente -según se deduce del expediente administrativo- no se ha demostrado en ningún momento que en la redacción del primer proyecto, hubiera imprevisión o negligencia por parte del técnico redactor.»

y posterior adjudicación a otra distinta, conforme demanda el Art.153 del Reglamento de la L.C.E., de aplicación subsidiaria a los que celebren las Corporaciones Locales, Disposición Adicional Segunda del R.C.C.L., de 9 de Enero de 1953, vigente en el tiempo en que se aprobaron los Acuerdos impugnados según lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1985, sean imputables o existan indicios de que fueran atribuibles a imprevisión o defecto de los autores del proyecto o de sus supervisores para poder ordenar una investigación o instruir un expediente a la autoridad o funcionario responsable según lo dispuesto en el Art. 154 del R.G.C.E.; no habiéndose aducido en el expediente administrativo los supuestos fácticos necesarios para entender que, en contra de lo afirmado por los Servicios Técnicos y Jurídicos Municipales, las obras complementarias ejecutadas, que han comportado un incremento muy elevado del primer presupuesto, existan pruebas que abunden en las afirmaciones de los demandantes, sin que se haya determinado la persona responsable de una posible deficiente previsión geotécnica generadora de unas obras consistentes en movimientos de tierras, construcción de muros y de saneamiento u otras que hubieran podido ser previstas y no obedezcan a una modificación cuantitativa o cualitativa en la construcción del parque consecuente a la voluntad de la Corporación; no siendo exigible la instrucción de un expediente sobre responsabilidad administrativa en base a unas suposiciones de naturaleza técnica no contrastadas, ni esta Jurisdicción puede prejuzgar la incidencia de aquella sin elementos de juicio que aportados al expediente hayan sido adverbados por la Administración y recaído una resolución expresa de naturaleza positiva o negativa al pedimento de los interesados, en este caso concejales del Ayuntamiento demandado.

A comienzos de los noventa hay que referirse a un asunto²⁰³ donde indica el T.S., que en segundo lugar alega la apelante, que se cumplió el Art. 117 del Real Decreto

²⁰³ Ver S.T.S. de 21 de Noviembre de 1991, Ar.8836, N° de Recurso: 2391/1991, Ponente: D. JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid se han seguido, recursos contencioso-administrativos acumulados, promovidos por la Federación Provincial de Asociaciones de Vecinos de Valladolid y en el que han sido partes demandadas la Administración del Estado (Tribunal Económico-administrativo provincial de Valladolid) y el Ayuntamiento de Valladolid sobre incremento de presupuesto de las obras del polideportivo "Arturo Eyries". Dicho Tribunal dictó Sentencia con fecha 20 de Junio de 1988, estimando el recurso. Por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid se adoptó con fecha 15 de Julio de 1985. Acuerdo por el que se aprobó financiar con cargo al Presupuesto de 1986, el incremento del Presupuesto del Polideportivo Arturo Eyries por un importe de 250 millones de ptas. Por la Fundación Pública para la Gestión y Fomento de Instalaciones Deportivas del Ayuntamiento de Valladolid, se adjudicaron directamente a la Empresa Fomento de Obras y Construcciones S.A. (en anagrama FOCSA), las obras de construcción del "Polideportivo Arturo Eyries" de Valladolid por el precio de 323.967.623 ptas. A la misma empresa constructora FOCSA, y a varias otras, y también por el sistema de adjudicación directa, se les concedieron obras de ampliación y complemento del Polideportivo, referentes fundamentalmente a la urbanización de la parcela, suministros de pavimentos deportivos y equipamiento del complejo deportivo por un precio superior a los 250 millones de ptas. Las obras de ampliación del Polideportivo descritas en el Fundamento jurídico 2º de esta resolución han de estimarse accesorias o complementarias de las de construcción del mismo, al no estar recogidas ni en el proyecto ni en el presupuesto originales y ser objeto de proyecto y presupuesto nuevos y distintos; les era aplicable lo dispuesto en el Art. 153 R.G.C.E. de aplicación supletoria a la contratación local a falta de previsión expresa de la legislación local (confróntese el Art. 109 del Real Decreto Ley 3046/1977 de 6 de Octubre entonces vigente) y al no poderse incluir debido a su volumen económico ascendente a más del 77% del precio inicial en el párrafo segundo de este precepto legal (no exceder del 20% del precio del contrato, supuesto en que su ejecución puede confiarse al contratista de la principal y de acuerdo con los precios que rigieran en el contrato

3046/1977, de 6 de Octubre, ya que era posible la contratación directa de las obras por tratarse de un proyecto urgente. Pero obligado resulta aceptar que también se ha prescindido en este aspecto, del procedimiento legalmente establecido ya que, como razona la Sala *a quo*, al no estar recogidas las obras llamadas de ampliación en el proyecto original, debieron ser objeto de la tramitación de un contrato independiente, lo que también nos lleva a confirmar en este punto el fallo impugnado.

3. Los límites de la modificación: la resolución.

3.1. Introducción.

El legislador siempre ha sido consciente que la potestad de modificación no podía ser ilimitada y que, llegado a cierto punto, debía entrar en juego su resolución.

La J.C.C.A., en su Informe 21/1967, de 7 de Julio de 1967, destaca que el *ius variandi* por causa de interés público, que ostenta la Administración (Art. 48 de la L.C.E.) debe ejercitarse sin traspasar el expresado techo, de modo que si otra cosa surge, como causa de resolución, la solución legal adoptada hacia los intereses de la Administración o del empresario, ninguno de los mismos, pueden ser obligados a aceptar, aunque sea por razón de interés público, el posible contenido de la prestación que desvirtúe el primitivo convenio [...] Si al tener lugar esta situación de modificación del contrato más allá del límite de tolerancia indicado en la Ley, ambas partes deciden la continuidad del contrato, o mejor expresado, si ninguna de ellas solicita la resolución y se continúan los trabajos, el contrato primitivo, así como la alteración sufrida, es objeto de una confirmación jurídica que prolonga su eficacia [...] (ello) no es óbice para que la J.C.C.A., llame la atención, una vez más, sobre los peligros que encierra el abuso de los reformados, en muchas ocasiones condicionados por un incompleto estudio de los proyectos [...] y si tal límite ha de ser traspasado por razón de interés público, el órgano de la Administración deberá siempre solicitar la resolución cuando se desvirtúe de modo sustancial la prestación pactada con el empresario... Si se supera el límite porcentual del 20% existe causa de resolución potestativa para el contratista, salvo que la modificación sea sustancial, en cuyo caso ello determina la resolución obligatoria para la Administración.

Tiempo después en su Informe 28/1971, de 23 de Julio de 1971, la J.C.C.A., explica que la facultad de modificar debe ceñirse a unos límites estrictos, límites que si fueran desbordados, desnaturalizarían a aquél, fundados en las siguientes premisas: el ejercicio del *ius variandi* debe respetar el equilibrio de intereses que sirvió de soporte al tiempo de la adjudicación del contrato. El respeto a este principio empujó al legislador a fijar unos límites cuantitativos, en función del precio, dentro de los cuales debía jugar como máximo la prerrogativa de modificación. Rotos aquellos límites, la legislación concede a ambas partes la posibilidad de denunciar o apartarse del contrato. Para apreciar la cuantía de un acuerdo de modificación de contrato de obras, no pueden tomarse en consideración de modo singular, los aumentos o las disminuciones que se originen en

principal), resulta que debería haber sido objeto de contratación independiente y siguiéndose la tramitación procedente, y, en su caso, con nueva licitación.

las unidades del proyecto, sino el resultado combinado de ambas, en función del precio del contrato adjudicado.

En su Informe 25/1982, de 1 de Julio de 1982, la J.C.C.A., se plantea si la inclusión de las estipulaciones restrictivas de las facultades de modificación del contrato por parte de la Administración son o no ajustadas a Derecho, [...] (por ejemplo): No se aprobará, la propuesta de modificación del proyecto, salvo cuando concurren circunstancias muy cualificadas de necesidad y urgencia, que se acreditarán en el expediente, representando un aumento superior al 20% del presupuesto de adjudicación. A juicio de la Junta, a pesar de su ponderada redacción, en el sentido de no enervar las facultades de modificación de la Administración, sino, simplemente, de impedir la continuación del contrato por parte del adjudicatario, las estipulaciones que se comentan contrarían preceptos legales cardinales de la actual regulación; especialmente los que lucen en el Art.14 de la L.C.E., que sirven a los principios de publicidad y concurrencia como instrumentales de igualdad, y los relativos a la baja desproporcionada o temeraria y sus consecuencias legales.

La J.C.C.A., en su Informe 29/1983, de 15 de Julio de 1983, explica que las modificaciones que autorizan la resolución facultativa de los contratos de obras, han de computarse exclusivamente sobre el precio primitivo, sin adición del importe de anteriores modificaciones; y que para que la Administración haga uso de tal facultad resolutoria habrá de ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, sin que puedan señalarse criterios generales.

3.2. El límite del 20%.

La L.C.E., señalaba en el Capítulo V, relativo a la extinción del contrato de obras, que las modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que implicasen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquél supondría su resolución. En el Art.150.e de la Ley 137/1995, se disponía en relación con la resolución del contrato de obras que las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o en menos, en cuantía superior al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial²⁰⁴.

Este precepto fue retocado en el Texto Refundido de 2000, en cuyo Art.149.e del T.R.L.C.A.P., y el 220.e de la L.C.S.P., contempla como causa de resolución del contrato de obra, las modificaciones del mismo que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato, con exclusión del I.V.A., o representen una alteración sustancial del proyecto inicial. Según el Art.150.1 de dicho texto legal se considerará

²⁰⁴El caso más específico atañe al Art.157.2 del Reglamento de 1975, como se indica en el caso BENSO. En efecto, si el Art. 157.2 del R.G.C.E., de 1975, prevé como causa de resolución del contrato de obras "Las modificaciones del proyecto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquel", el determinar el cuanto de la alteración de los precios contractuales, es esencial cuando el contratista ejercita, como en el presente caso, una pretensión resolutoria del contrato.

alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del I.V.A.²⁰⁵.

En relación con el Art.149 citado en el Dictamen del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha. 2006, N°. 222/2010, de 14 de Octubre, expediente relativo a modificación nº 2 del contrato administrativo de obras para la ampliación y reforma del Hospital H, se afirma lo siguiente: Para acotar los límites dentro de los cuales ha de desenvolverse el ejercicio de la prerrogativa de modificación del contrato, conviene señalar que tal previsión no constituye, en puridad, un límite a la facultad de modificar el contrato, sino una circunscripción de la posibilidad de imponer la modificación al contratista. Así, como señala el Consejo de Estado, el objetivo en el caso de modificaciones contractuales es que, demostrado que concurren “necesidades nuevas o causas imprevistas” tal y como requiere la ley, que impliquen la necesidad, por razones de interés público, de introducir modificaciones, el contratista tendrá que asumirlas con los límites legales, pero sin que tenga el deber jurídico de soportar el eventual aumento en el coste que ello supondría, pues deberá producirse el necesario reequilibrio económico del contrato, ajustando tanto el precio del contrato como el plazo de ejecución.

Ya en el marco de la L.C.S.P., de 2007, la Abogacía del Estado ha sintetizado magistralmente la doctrina al respecto de este tema en su Dictamen 20/2010, donde destaca que el T.R.L.C.A.P., señala que no establecía ningún límite cuantitativo a la modificación de los contratos, limitándose a regular cuándo las modificaciones constituían una causa de resolución potestativa para el contratista. Las referidas causas de resolución sólo facultaban al contratista a instar la resolución del contrato, pero no implicaban su extinción si el contratista mostraba su conformidad con la modificación propuesta, de tal forma que, en tal caso, el contrato continuaba vigente, aunque las modificaciones superasen, en poco o en mucho, el 20% del precio primitivo del contrato²⁰⁶.

²⁰⁵En línea con las importantes limitaciones a la utilización del *ius variandi* en los contratos administrativos introducidas por la Ley de 1999, este porcentaje se ha reducido del 50 al 30%. La nueva Ley precisa además que la determinación de importes en las modificaciones ha de hacerse con exclusión del I.V.A. y que los porcentajes respectivos han de computarse sobre el precio primitivo del contrato. En cuanto a la resolución por las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio del contrato, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial, la nueva Ley precisa que la determinación de importes en las modificaciones ha de hacerse con exclusión del I.V.A., aclarándose igualmente, en este artículo y en todos los referentes a modificaciones, que los porcentajes respectivos han de computarse sobre el precio primitivo del contrato.

²⁰⁶Se añade lo siguiente: “el hecho de que el contrato que se examina no establezca un límite cuantitativo expreso a las modificaciones contractuales (como tampoco el T.R.L.C.A.P., ni la vigente L.C.S.P), no implica que sean jurídicamente admisibles cualesquiera modificaciones contractuales. Tanto la doctrina del Consejo de Estado y de la J.C.C.A como la jurisprudencia, se oponen a la introducción de modificaciones profundas en la fase de ejecución de los contratos cuando tales modificaciones puedan lesionar los principios de publicidad y concurrencia, lo que se produce siempre que quepa presumir razonablemente que las nuevas condiciones del contrato podrían haber permitido concurrir a licitadores que no lo hicieron o presentar a los que sí concurrieron ofertas distintas, de tal forma que la adjudicación pudiera haber recaído en un adjudicatario distinto. El Consejo de Estado ha señalado (por todos, dictamen 2582/1995, de 1 de Febrero) que la introducción de profundas modificaciones en el objeto de los contratos, sin dar lugar a una nueva licitación, puede lesionar los principios de publicidad y concurrencia.

En un asunto de 1979,²⁰⁷ se aclara en cuanto al objeto, que tampoco se puede poner en duda su existencia, por resultar de todas las actuaciones administrativas como del

En la misma línea se ha expresado reiteradamente la J.C.C.A (informes 48/1995, de 21 de Diciembre de 1995, 47/1998, de 17 de Marzo de 1999, 52/2000, de Marzo de 2001, 50/2003, de 12 de Marzo de 2004, y 18/2006, 20 de Junio de 2006), pues celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... la solución que representa la adjudicación para el adjudicatario en cuanto al precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las A.A.P.P., teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario, podrían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce. En suma, entiende la doctrina que la variación sustancial de la voluntad de la entidad contratante, ha de dar lugar a un nuevo expediente de contratación y, en definitiva, a un contrato administrativo diferente, de tal forma que los perjuicios que al interés público pueda ocasionar el hecho de ser necesario adjudicar un nuevo contrato, previa resolución del anterior, e incluso indemnizar por ello al contratista, se justifican en el interés general que la legislación de contratos trata de proteger y en la salvaguardia de los principios en los que se fundamenta la contratación pública. T.J.C.E.++++ De la documentación que se acompaña a la solicitud de informe, se desprende que en el supuesto que se examina, no concurre ninguno de los dos requisitos admitidos por el T.J.C.E. para que una modificación posterior a la adjudicación pueda considerarse ajustada al Derecho Comunitario y, concretamente, a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que se desprenden del Art.2 de la Directiva 2004/18/CE y de los Arts.12, 43 y 49 del Tratado Constitutivo. Efectivamente, la modificación propuesta, tanto desde un punto de vista cuantitativo (afecta casi al 30% del precio primitivo del contrato), como cualitativo (incide sustancialmente no sólo en el precio, sino también en el objeto del contrato, esto es, en las prestaciones inicialmente pactadas), ha de considerarse una modificación sustancial, por cuanto que cabe presumir razonablemente que, con las nuevas condiciones, los licitadores o las ofertas presentadas podrían haber sido distintos. Y, siendo esencial la modificación que se propone, tampoco la documentación que rige la licitación establece de <<forma, clara precisa e inequívoca>> los concretos supuestos en los que el contrato podrá ser modificado, limitándose a recoger con frases genéricas [...] supuestos generales que, en la práctica, podrían dar cabida a todo tipo de modificaciones contractuales. En definitiva, la documentación que rige la licitación no refleja de forma clara, precisa e inequívoca las concretas circunstancias y el alcance de la modificación contractual que ahora se propone, de tal forma que pudiera ser conocida por todos los licitadores al tiempo de formular sus ofertas, como exige la jurisprudencia comunitaria para considerar que una modificación contractual posterior a la adjudicación no vulnera los principios a los que necesariamente ha de someterse la contratación pública. Por ello entiende que en este caso procede la resolución del contrato y la celebración de una nueva licitación, a menos que dicha modificación tenga una individualidad o autonomía propia que permita su adjudicación independiente del contrato principal.

²⁰⁷Ver S.T.S. de 2 de Julio de 1979, Ar.2866, Ponente: D.FERNANDO ROLDÁN MARTÍNEZ. La Dirección General de Obras Hidráulicas debidamente autorizada, acordó la realización de las obras "Red de Acequias, desagües y caminos del Canal de la margen derecha del río Lera (Zamora)", cuyo Proyecto había sido aprobado en 7 de Noviembre de 1.967, por un Presupuesto de Contrata de 289.448.628,03 ptas., con autorización concedida por acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de Enero de 1.968, a cuyo Concurso-subasta se presentaron 18 proposiciones, resolviéndose la adjudicación definitiva a favor de la Empresa Constructora recurrente con fecha 17 de Abril de 1.968, en la cantidad ofertada por esta constructora de 189.891.035 ptas., lo que significa una baja de casi 100 millones respecto al Presupuesto de contrata; en la redacción del Proyecto que sirvió de base a la licitación se tuvo en cuenta en lo previsible las necesidades de Concentración Parcelaria, así como las de Colonización declarativa: aquella zona, aunque por no estar aun aprobado el Plan de Coordinación era de prever algunas modificaciones de traza, de Secciones de cauces y a presión de obra, sin que de estas previsible variaciones hubieran de aumentar al presupuesto, ni la alteración sustancial de la obra prevista, de lo que quedó enterado el contratista, aceptándolo sin reparo alguno, como así consta en el Acta de Comprobación del Replanteo y ser además sabedor de que el Canal de la margen derecha del río Tera, formaba parte del Plan de Riegos de dicho nombre y que la obra adjudicada era la de distribución de las aguas del canal para dotar de riegos aquella zona de Tierra de Campos, incluida en los beneficios del Decreto de 23 de Setiembre de 1.965, por Orden de la Presidencia de 12 de Abril de 1.967, que comprendía una superficie regable de 9827 Has. de las que 7933 sería por gravedad y las 1.894 restantes por aspersión. Se trataba por tanto, de construir

dos redes, una la de acequias y desagües, y otra la de caminos, para la puesta en regadíos sin que la Sociedad recurrente haya opuesto objeción alguna ni en la adjudicación definitiva, ni al otorgarse la escritura de formalización el 27 de mayo de 1.968, comprometiéndose a la ejecución de la obra en el plazo fijado que finalizaba el 31 de Diciembre de 1.970. Pero, por ser necesarias determinadas reformas del Proyecto, se concedió por la Administración una primera prórroga hasta el 31 de Diciembre de 1.971, y en 13 de Noviembre de 1.971, otra segunda hasta el 30 de Noviembre de 1.972, tiempo calculado para redactar y ejecutar el plan de obras del Proyecto Reformado, plan de obra al que prestó conformidad el contratista en las solicitudes de reajuste de anualidades, aprobándose los correspondientes reajustes de anualidades derivados de las prórrogas y los correspondientes presupuestos adicionales de Revisión de Precios pactadas. Pero finalizado el plazo de la segunda prórroga, sin que el contratista solicitase prórroga alguna, el facultativo encargado del servicio con fecha 26 de mayo de 1.972, informa que la Empresa contratista no había cumplido los plazos parciales del Programa de trabajo previsto para el 12 de Diciembre de 1.971, el 30 de Abril y el 15 de mayo de 1.972, y que preveía que tampoco le sería posible cumplir el resto de los plazos parciales ni el total, por lo que proponía se iniciase expediente de rescisión, ya que la obra sin terminar era independiente de la afectada por el Reformado, informe que dio lugar a la apertura de dicho expediente por el Director de la Confederación Hidrográfica del Duero, teniendo en cuenta que el incumplimiento de los plazos de ejecución parciales y final originaban graves perjuicios a la Administración, a los regantes y a la economía nacional y que el retraso no afectaba a las modificaciones introducidas por el Reformado de variar algunos trazados y secciones de cauces y suprimir algunas obras proyectadas, incumpliendo el Programa de Trabajo suscrito por el contratista el 1 de Octubre de 1.971, por el retraso de las entregas parciales de 12 de Diciembre de 1.971, 30 de Abril y 15 de mayo de 1.972, comprobando que en los cuatro primeros meses de 1.972, no se había certificado obras más que por 1.317.445 ptas. (de ellas 962.440 ptas. correspondientes a obras ejecutadas anteriormente), lo que unido a que el contratista estaba en suspensión de pagos, hacía prever no cumpliría los restantes plazos parciales ni el final, y, como el Plan de obra suscrito el 1 de Octubre de 1.971, tiene efecto vinculante por integrarse en el contrato - Art. 129- y servir de base al reajuste de anualidades efectuado en 13 de Noviembre de 1.971, con la conformidad del contratista informando el Ingeniero encargado de la obra que, sin relacionar las obras redactadas por el Reformado, faltaban por realizar en 12 de Diciembre de 1.971, cuarenta y cuatro tomas, siete pasos y alguna obra de fábrica en las acequias A-1 y A-2 y la obra de fábrica de los desagües D-16 y DRC1 y las pruebas de las tuberías de la impulsión de Melgar del sifón del Hazanal y del depósito regulador de la aspersión y que estaban sin tapar varios tramos de la tubería principal de aspersión que, en 30 de Abril de 1.972, no estaban construidas las obras de fábrica de la tubería secundaria de aspersión, ni la toma, las arquetas y los pases de la acequia A-R-C-2-A y que en 15 de mayo de 1.972, faltaba la toma y parte de las obras de fábrica de la acequia AR-C-1, la totalidad de esta clase de obras de la acequia AR-C-1-3 y en sus ramales, las arquetas y toma de la AR-C-11, y no se había iniciado la construcción de los desagües D-14, D-14-2 y D-17, volumen total de la obra que al terminar el plazo ascendía a 55.467.553 ptas., resultando manifiesto que al incumplir el contratista los plazos parciales de entrega cuya exigibilidad preceptúan los Arts. 129 y 137 del R.G.C.E. y surgir racionalmente la presunción de la imposibilidad de cumplimiento del plazo final por la situación de suspensión de pagos en que se encontraba la Empresa contratista, hecho este último expresamente reconocido por la actora, dándose así el supuesto que contempla el mencionado Art. 137, originando la causa de resolución del contrato con pérdida de fianza por aplicación de la regla contenida en la Sección 2ª del Capítulo V y Arts. 157 y 159 del Reglamento de Contratación en relación con el Art. 45 de la Ley-puesto que la prórroga última concedida en 13 de Noviembre de 1.971, terminaba el 30 de Noviembre de 1.972, el contratista no solicitó prórroga alguna al vencer el plazo de ejecución, y, la obra estaba sin terminar las variaciones sufridas por el Proyecto Reformado, que fueron aceptadas en su momento por la contrata, que también manifestó su conformidad al Proyecto Reformado cuando fue aprobado y el importe de las mismas no alcanzan el 20% del importe del contrato, ni afectan sustancialmente a la obra contratada; pues, suprimir, añadir o cambiar unos cauces no varían la naturaleza de la obra, por lo que tanto el Ingeniero encargado de la obra, como el Director de la Confederación Hidrográfica del Duero, propusieron en sus respectivos informes la resolución de la contrata con pérdida de fianza, propuesta que hizo suya la Sección y fue sancionada por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas y, finalmente, por los dictámenes emitidos por el Consejo de Obras Fabricas y por la permanente del Consejo de Estado, por lo que apareciendo insuficientemente acreditado en el expediente de resolución las dos condiciones que según el Art. 45 de la Ley, autorizan a la Administración para optar a la resolución del contrato, a saber: incumplimiento de plazos parciales y presunción racional de que no se

proyecto aprobado, tanto inicialmente como del Reformado, donde ambos se refieren a la ejecución de la red de acequias y desagües y la red de caminos del Canal de la margen derecha del Río Tera(Zamora), siendo el precio de la contrata cierto, al existir objeto determinado, sin que sea válido alegar que no existe objeto cierto, dado que el Proyecto Reformado ha venido operando durante la ejecución, aparte que una de las características del contrato de obra pública, es la prevalencia del fin sobre el objeto, ya que lo que se persigue con estos contratos es satisfacer un interés público, es decir, la ejecución de la obra. El objeto es, pues, para la Administración que el contratista ejecute la obra que demanda el interés general y, si para conseguir este fin es necesario adaptar el objeto pactado introduciendo en la obra alteraciones, no por esto puede decirse que desaparezca el objeto.

Que por razón de lo que se acaba de exponer, es por lo que otra de las características de los contratos administrativos, es el llamado *ius variandi* o modificación unilateral del objeto del contrato por la Administración, que lleva como correlativo el deber de la

cumplirá el final, procede confirmar las resoluciones ministeriales de 14 de Agosto de 1973, y 20 de Mayo de 1974, que declaran resuelto el mencionado contrato con pérdida de fianza, sin que en contra puedan prevalecer las alegaciones del contratista de que la demora respecto de los plazos parciales sea imputable a la Administración, pues, entre la fecha 1 de Octubre de 1971, del Programa de Trabajo firmado por el contratista y la de vencimiento de los plazos parciales de 12 Diciembre de 1971, 30 de Abril de 1972 y 15 de Mayo 1972, que fueron incumplidas, no se produjeron órdenes de modificaciones que permitieran apreciar que el retraso fuera imputable a la Administración ni la omisión de datos necesarios para seguir la marcha de la obra. El 9 de Noviembre de 1966, la Administración, encargó la redacción del "Proyecto de Red de Acequias, Desagües y Caminos del Canal de la Margen derecha del río Tera (Zamora)", a un Ingeniero que llevó la superior dirección del mismo y lo redactó con la colaboración de los servicios técnicos de la Empresa Consultora "Oficina Técnica de Empresas e Ingeniería, S.L.", siendo aprobado el Proyecto por resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 7 de Noviembre de 1967. Las obras fueron adjudicadas de forma definitiva a la Compañía Mercantil "Construcciones Senen-Eulogio Rosón, S.A." (COSENSA) por Orden Ministerial de 17 de Abril de 1968, en la cantidad de 189.891.035 ptas., sobre un presupuesto de contrata de 289.448.628 ptas., y un plazo de ejecución que vencería el 31 de Diciembre de 1970. El contrato resultante de la adjudicación definitiva se formalizó el 27 de Mayo de 1968. Con posterioridad a la fecha en que se contrató y redactó el Proyecto, y antes de ser aprobado el mismo, por Decreto del Consejo de Ministros de 20 de Abril de 1967, se declaró de alto interés nacional la Colonización General de la primera zona regable del río Tera, mandando redactar el Plan General de Colonización, con arreglo a la Base Segunda de la Ley de 26 de Diciembre de 1939. Tras variadas vicisitudes y después de informar el Consejo de Estado de 12 de Julio de 1973, el Ministerio de Obras Públicas dictó Resolución con fecha 14 de Agosto de 1973, en el referido expediente tramitado por la Confederación Hidrográfica del Duero, asunto 02.266 .103 y clave 1ª 5961-B.1 correspondientes a la Dirección General de Obras Hidráulicas, por la que se acordó declarar resuelto el contrato de las obras referidas, si procede, la responsabilidad del contratista compensándose la eventual indemnización de que resultase acreedora la Administración contratante, con el saldo de liquidación que pudiera corresponder a la contrata, todo de conformidad con las precisiones de la L.C.E.", e impugnada en reposición esta Resolución Ministerial, por la representación de la Compañía Mercantil adjudicataria, el Ministerio de Obras Públicas desestimó el recurso con fecha 20 de Mayo de 1974, confirmando la Resolución impugnada. Que contra la expresada Resolución del Ministerio de Obras Públicas de 20 de Mayo de 1974, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la de 14 de Agosto de 1973; del mismo Departamento Ministerial, la Compañía Mercantil "Construcciones Senén-Eulogio Rosón, S.A.", promovió recurso contencioso-administrativo pidiendo se anule totalmente la resolución recurrida, así como el acuerdo de 7 de Noviembre de 1967, el expediente en que se declaró resuelto el contrato se declare la invalidez del propio contrato y en otro caso la resolución del mismo, por causas imputables a la Administración, y, como consecuencia, el reconocimiento a favor de la demandante de su derecho a haber continuado la ejecución de las obras, con declaración del derecho de la recurrente al reconocimiento de daños y a la indemnización de los perjuicios.

Administración de compensar al contratista por los perjuicios que las modificaciones le cause, a fin de mantener el equilibrio económico, respecto al poder de modificación consagrado en la L.C.E., en los límites establecidos por los Arts. 149, 150 y 151 del Reglamento, para que las modificaciones resulten obligatorias para el contratista, disponiendo, a su vez, el Art. 157, como causa de resolución del contrato a optar por el contratista, las modificaciones del Proyecto, aunque fueren sucesivas, que, aislada o conjuntamente impliquen alteraciones del precio en cuantía superior en más o en menos al 20% del importe de aquel, de lo que se sigue que la pretensión de resolución formulada por la Empresa Constructora recurrente, con base en las sucesivas modificaciones del Proyecto de la contrata; si bien han existido pero, no han supuesto aumento alguno en el precio de contrata, considerando ha existido una entrega sucesiva de datos, previstas y aceptadas por el contratista como lo acredita el Acta de Comprobación de Replanteo de fecha 10 de Mayo de 1.968, a la que prestó consentimiento la Sociedad-recurrente, por el hecho de suscribirla sin reparo. En dicha Acta se manifiesta que por necesidades de Concentración Parcelaria que se llevaba a cabo en aquella zona, como por no estar aprobado todavía el Plan General de Colonización; era posible que hubiera de efectuarse algunas modificaciones de traza y secciones de cauces y alguna supresión de obra, no previsible por no estar redactado el correspondiente Plan Coordinador, careciendo por ello de base la afirmación de la recurrente de que no se conociese la obra a realizar. La realidad es que se llevaron a efecto modificaciones que, la contrata conocía, por la entrega sucesiva de datos parciales, aceptados sin reparos por la contrata, modificaciones, que fueron recogidas en el Proyecto reformado, que escasamente inciden en las obras que estaba realizando el contratista, como lo revela que el Proyecto Reformado, no supone aumento alguno del precio de la contrata, sino en menos de un 0,01 por ciento, y no puede dudarse que a la Administración, le corresponde el derecho de introducir modificaciones en el Proyecto así como las facultades de suspender y prorrogar por tal motivo la ejecución de las obras dentro de los límites señalados en la L.C.E. no superados en el presente caso, sin que el ejercicio de esta facultad libere al contratista de los compromisos adquiridos respecto a la ejecución de las obras no afectas por la modificación del Proyecto. Por ello, no habiendo modificado sustancialmente la Administración el objeto del contrato, ni introducido variaciones en el precio superiores al quinto de su importe, no se aprecian razones económicas ni jurídicas para estimar la pretensión de la recurrente de declarar a su favor el derecho de resolución con indemnización, pues la modificación del contrato dentro del "quantum" autorizado por la Ley, solo obliga a la Administración a restablecer el equilibrio financiero, compensando al contratista con una correlativa modificación del precio salvo en los supuestos de reducción o supresión de unidades de obra, conforme al Art. 50 de la L.C.E.

En un caso de 1980²⁰⁸ afirma el T.S., que desde el lado del contratista, y en cuanto a la resolución potestativa prevista en los Arts. 52 de la Ley y 161 del Reglamento, clara

²⁰⁸ Ver S.T.S. de 25 de Septiembre de 1980, Ar.3451, Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Botella Taza. Es recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Mº de Agricultura, de 3 Enero 1976, confirmatoria en alzada de otra anterior de la Presidencia del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, en la que se declaraba resuelto el contrato administrativo celebrado con el actor para la ejecución de la obra «Red de Caminos y Colectores de Jaraicejo (Cáceres)», con pérdida de la fianza y enviando al susodicho accionante medición y liquidación de la obra ejecutada. Que resulta del expediente y reconocen las partes el hecho de haberse adjudicado definitivamente al actor la ejecución de la obra «Red de

camino y colectores de Jaraicejo», en la provincia de Cáceres, mediante subasta y sobre proyecto y Pliego de Condiciones por precio de 3.024.501,79 ptas., según escritura pública otorgada el 27 Marzo 1968; contrato que, afecto al programa estatal de promoción agraria, fue resuelto por la Presidencia del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario en virtud de acuerdo de 20 Abril 1974, con pérdida de fianza y envío de medición y liquidación de la parte de obra realizada; aceptándose con ello íntegramente por la Administración contratante la propuesta contenida en el dictamen obtenido al efecto del Consejo de Estado lo mismo que hizo el M.º de Agricultura mediante O. de 3 Enero 1976, al confirmar en alzada el expresado acuerdo de resolución, ratificado, como motivación de ella, la declaración de incumplimiento por parte del contratista, quien, a pesar de las dos prórrogas concedidas, sólo había ejecutado el 52% aproximadamente de la obra; lo que es redargüido por el demandante, al impugnar aquí las citadas resoluciones administrativas, con base en costos adicionales y emergentes no previstos en el proyecto, pues, según alega, hubo de trabajar sobre roca cuando aparecía programada la obra sobre tierra, circunstancia que, al decir del demandante, se reflejó en informes del Director de dicha obra y en las gestiones bilaterales para solucionar el caso y debió apreciarse por la Administración para incoar el expediente contradictorio de modificación del proyecto y ajuste de precios con la correspondiente reforma de las condiciones contractuales, esto aparte de la facultad del contratista, también aquí invocada, de resolver el contrato por aumentos imprevistos del coste superiores al 20% e implícita aceptación administrativa de las modificaciones a través de los tratos y búsqueda de solución de precedente referencia. Que de este modo planteada la problemática de fondo, cumple rechazar previamente la pretensión de nulidad de actuaciones expedientales y retroacción de las mismas al momento de solicitarse la modificación del proyecto que el actor fija en el 13 Septiembre 1971, aunque lo cierto es que en el expediente sólo figura escrito al respecto de dicho accionante fechado el 7 Diciembre 1971, proponiendo al Delegado del Servicio de Concentración Parcelaria de Cáceres, tres conclusiones alternativas para lograr una solución al allí invocado problema de una supuesta inviabilidad del proyecto por omisión de desmontes y excavaciones a realizar en roca mediante compresor y explosivos, cuyos mayores costos manifiesta haber afrontado; sin que en tal escrito -único que el contratista específicamente ratifica en su posterior recurso de alzada-, se formula petición concreta de apertura del incidental expediente contradictorio de modificación de condiciones contractuales regulado en el Art. 136 del R.G.C.E. aprobado por D. de 28 Diciembre 1967 (RCL 1968\209, 483); pero esta petición, sólo si formulada en términos de pretensión unívoca y exclusivamente dirigida a apertura del referido expediente, constituiría el presupuesto formal indispensable para vincular a la Administración a resolver de modo expreso, positiva o negativamente, sobre la incoación del trámite incidental de referencia, siendo así evidente que, nunca deducida tal pretensión en la forma inequívoca requerida, mal puede asimilarse a un escrito de sugerencias alternativas para fundamentar una nulidad de actuaciones ahora invocada por el interesado; esto aparte de que la nulidad y consecuente retroacción del procedimiento implica que el trámite cuya supuesta omisión se denuncia resulte condicionante de la validez formal de las sucesivas actuaciones, implicación que no se da en el caso toda vez que a tenor del último párrafo del citado Art. 136 del Reglamento de tramitación de incidencias, no determinará la paralización de las obras, ni, por tanto, la del expediente relativo a su ejecución, pues interpretar el susodicho Art. del Reglamento en el amplio y hasta desorbitado modo que el actor quiere equivaldría a desvirtuar la libertad de licitación en las subastas de obras públicas a favor de quienes aceptan bajos precios para eliminar competidores y después, una vez obtenida la adjudicación, acudir al expediente incidental de modificación de condiciones al objeto de obtener incrementos en el equivalente económico de la contrata; y si toda interpretación que conduzca al absurdo debe ser eliminada, con mayor razón cumple excluir aquéllas que resulten protectoras de posibles fraudes a los intereses tanto públicos como privados con respecto al libre funcionamiento de la competencia. Que los antecedentes expedientales, y de manera especial los citados escritos del actor de 1971, y de recurso de alzada, ponen de manifiesto que sólo existieron sugerencias, tratos y, en definitiva, simples gestiones para variar el condicionamiento de la contrata con aumento de los precios ante las alegaciones por el hoy actor de trabajos sobre roca en lugar de sobre tierra, sin que de dichas gestiones quepa derivar, en mera vía de presunciones de hecho (Art. 1.253 del C.Civil.), acto novatorio alguno desde el lado de la Administración contratante, la cual, incluso en la hipótesis de atenciones proclives a la alteración, resultarían éstas intrascendentes para entender modificado el contrato a los efectos resolutorios previstos en los Arts. 52. 2, del Texto articulado de la L.C.E. aprobado por D. de 8 Abril 1965, (RCL 1965\771), y 161 del Reglamento General, ya que sometida la contratación administrativa al principio de garantía procedimental, toda modificación requiere acuerdo del órgano

es en dichos preceptos, la posibilidad de imponerla a la Administración siempre que el proyecto por inadecuado a características del terreno no observables en el acta de replanteo, resulte inviable por perjudicar al contratista en el 20 por 100 del importe del contrato; supuestos que no se dan en el caso aquí examinado, en primer lugar, porque en el cuadro núm. 3 del proyecto los precios tres, cinco y siete prevén la ejecución de trabajos en roca, y tanto en la demanda como en los informes del Ingeniero Director de la obra a que aquélla remite no se concretan labores de esa índole diversas o adicionales con respecto a las ya previstas; en segundo lugar, porque en el acta de replanteo de 4 Abril 1968, firmada por el contratista y el susodicho Ingeniero-Director, consta expresamente «... Se llega a la conclusión de que la obra debe realizarse sin ninguna modificación al proyecto»; y en tercer lugar, porque el módulo diferencial del 20 por 100 va referido, en los citados Arts. 52.2 de la Ley y 161 del Reglamento, al importe del contrato, aquí 3.024.501,79 ptas. , mientras que en la demanda sólo se invoca la diferencia entre 1.752.662 ptas., que se asignan a la parte de obra ejecutada y 1.370.789 ptas. a que ascienden los pagos sobre certificación, con diferencia, por tanto, de 381.873.68 ptas., ciertamente superior al 20% de la obra ejecutada, pero inferior al 20 por 100 del importe del contrato; sin que el accionante acredite otros excedentes de coste, efectivos o potenciales, que incrementaren la expresada diferencia hasta hacerle rebasar el expresado módulo legal, haciéndose imposible, a virtud de todo ello, la resolución del contrato sin pérdida de fianza pretendida por el empresario demandante.

Que de lo expuesto resulta el ajuste de los actos impugnados a los Arts. 52 y 53 de la L.C.E. y 156 a 161 de su Reglamento General, toda vez que la obra se ejecutó sólo en parte y ninguna de cuantas circunstancias se alegan para justificar este incumplimiento, obtiene en el proceso efectividad en orden a eximir al accionante de la correspondiente responsabilidad por culpa contractual.

En el asunto T.U.C.S.A. citado antes²⁰⁹, se alega infracción del Art. 52.2 de la L.C.E., y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, entendiendo que concurría en el supuesto enjuiciado la causa de resolución regulada por dicho precepto, al haberse producido una modificación sustancial del precio del contrato en cuantía superior al 20 por ciento de su importe, por lo que la resolución debió tener lugar por dicha causa y no por el retraso en la ejecución de las obras. El motivo no puede prosperar, en primer lugar porque no está acreditado que se haya alterado el precio del contrato en más del importe total de aquél, que es lo que exige el Art. 52.2 de la L.C.E., señalando la Sentencia de instancia, al apreciar la prueba pericial practicada, que tiene un carácter confuso y no puede ser utilizada para aclarar las dudas que surgen, sin que el Tribunal *a quo* tuviese deber procesal alguno de suplir esos defectos. Pero fundamentalmente, el motivo debe ser desestimado porque en 9 de Abril de 1.992, cuando la Administración acordó la iniciación del expediente de resolución por retraso en la ejecución de las obras, la empresa contratista no había hecho valer la causa de resolución fundada en el Art. 52.2 de la L.C.E., por lo que no era posible entrar a considerar dicha causa de resolución sin decidir previamente el expediente incoado para examinar si procedía la

competente según de modo expreso dispone el Art. 48 de la Ley referenciada, acto administrativo que no existió en el presente caso y tampoco cabe entenderlo contenido en las gestiones de precedente alusión.

²⁰⁹Ver S.T.S. de 24 de Junio de 2002, Ar.7060, Nº de Recurso: 4485/1996, Ponente: D MANUEL GODED MIRANDA.

resolución por retraso del contratista en la ejecución, como acertadamente declara la Sentencia de instancia declarar no haber lugar

Ya en relación con el T.R.L.C.A.P., se puede mencionar un caso de 2012²¹⁰, donde se examinó una violación del Art.149, en relación con el 111.e), del T.R.L.C.A.P, donde dispone que la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista es una de las causas de resolución de los contratos administrativos; cláusula 62 del Decreto 3854/1970, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de las obras del Estado, conforme al cual, las desviaciones en más o en

²¹⁰ Ver S.T.S. de 15 de Marzo de 2012, Nº de Recurso: 3016/2009, Ponente: D.JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS. Por el procedimiento negociado sin publicidad, fue adjudicada a la Empresa "Hormiga Construcciones y Auxiliares Canarias, S.L." la construcción de 50 viviendas de protección pública, en régimen de protección oficial, por el Instituto Canario de la Vivienda, en la Loma Pino Seco, parcela B-2 Arguineguin -T.M. de Mogán- las Palmas por 2.786.892 €, formalizándose el contrato en 20 de Noviembre de 2001. Según consta en el informe del 19 de Noviembre de 2003, de la Administración autonómica, efectuado previa presencia en la obra y sin colaboración de la entidad recurrida, fueron abonadas las certificaciones de obra correspondientes a los meses de Diciembre de 2001, hasta Marzo de 2003, encontrándose las obras paralizadas desde el 30 de Junio de 2003. Frente a la reclamación efectuada por la empresa contratista a la Administración, las obras son valoradas por los técnicos de la Administración autonómica, sin la presencia del administrador único de la Sociedad, que no ha asistido a dicha actuación, pese a haber sido citado reiteradamente y se comprueba la existencia de una diferencia por importe de 3.816 € a favor de la Administración. La incoación del expediente de resolución se produce el 17 de Marzo de 2004, ampliándose el plazo para resolver, con previa notificación al contratista (Servicio de Correos de 13 de Agosto de 2004) y dictamen del Consejo Consultivo de Canarias de 3 de Noviembre de 2004, en que se reconoce que la obra ejecutada es inferior a la certificada y la propuesta de resolución de la Administración es conforme a derecho. La Resolución del Presidente del Instituto Canario de la Vivienda de 16 de Noviembre de 2004, declara la procedencia de la resolución contractual, desestima la imputación de responsabilidad de la Administración y ordena la incautación de la garantía prestada, siendo confirmada por Resolución posterior de la misma autoridad, en fecha 3 de Enero de 2005, que formula la liquidación por importe de 3.816 €, a favor de la Administración autonómica. Por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 27 de Febrero de 2009, se estimó el recurso de la entidad "Hormiga Construcciones y Auxiliares Canarias, S.L.", contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 26 de Marzo de 2004, por dicha entidad ante la Dirección General de la Vivienda, de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias, referente a la resolución del contrato administrativo de obras denominado "construcción de 50 viviendas de protección oficial y promoción pública a ejecutar en la loma de Pino Seco, Parcela B-2, Arguineguin , T. M. de Mogán, expediente GC22-98". Con fecha 26 de Noviembre de 2004, por la representación de la citada entidad se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias contra la desestimación presunta de la solicitud, que se tramitó ante la Sección Primera de la Sala de Las Palmas de Gran Canaria, formalizando la correspondiente demanda el día 30 de Marzo de 2007. La Sentencia estima el recurso contencioso-administrativo (declarando la resolución del contrato de obras por causa imputable a la Administración) sobre la base, esencialmente, de los siguientes fundamentos jurídicos extractados: El problema que se plantea en este recurso es reproducción del suscitado entre las mismas partes en un proceso anterior resuelto por el mismo Tribunal a quo en Sentencia de 18 de Enero de 2008: múltiples solicitudes de la actora al Gobierno de Canarias para que éste solucionase las irregularidades que se estaban produciendo en la ejecución del contrato, con la expresa advertencia de que tendría que suspender las obras si no obtenía respuesta satisfactoria y sin que ni una sola de tales solicitudes fuese objeto de contestación por la Administración...No es de recibo, que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al Ordenamiento una situación de inseguridad jurídica pueda esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada. Hemos dicho de modo reiterado que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones y esto es lo que el Gobierno de Canarias pretende cuando opone que no debe pagar nada al actor por falta de prueba.

menos de las unidades de determinadas partidas de la obra proyectada, que no supongan un incremento superior al 10%, quedaran reflejadas, en su momento, en la correspondiente liquidación de la obra; 101 del T.R.L.C.A.P., norma que se estima vulnerada porque la Sentencia acoge los argumentos de la parte aquí recurrida, en relación con la procedencia de tramitar un modificado de obra, cuando según prevé el citado artículo, los modificados de los contratos administrativos sólo son posibles, por razón de interés público, si concurren circunstancias nuevas o causas imprevistas; y 217 de la L.E.C., en relación con la carga de la prueba, toda vez que, pese a no aportarse por el recurrente elemento probatorio alguno, que evidencie un incumplimiento contractual por parte de la Administración, se acoge su pretensión de resolución de contrato por causa imputable a la misma.

Expone la citada parte recurrente que tanto en las resoluciones administrativas objeto de impugnación, como en el escrito de contestación a la demanda y documental que integra el expediente administrativo, se razona profusamente y se acredita: a) Que existió un incumplimiento culpable del contratista en el plazo de ejecución del contrato; b) Que no se cursó al contratista orden de obra alguna, que no viniese recogida en el proyecto; c) Que no asiste al contratista el pretendido derecho a que le sea aprobado un modificado de proyecto de obras, al no concurrir el supuesto previsto en el Art. 101 de dicho T.R.L.C.A.P.; y d) Que no medió alteración alguna del proyecto de obras, sino tan sólo algunas desviaciones, en más o en menos, de las unidades de determinadas partidas de la obra proyectada, que no suponen un incremento superior al 10%, por lo que han de quedar reflejados en la correspondiente liquidación de la obra, tal y como dispone la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por el Decreto 3854/1970. Sin embargo, la Sentencia no entra a valorar la anterior argumentación, sino que, omitiendo cualquier análisis de tales manifestaciones y sin atender a los elementos de prueba que obran en autos, concluye de forma rotunda que son de aplicación los recogidos en una Sentencia de 18 de Enero de 2008, dictada por la misma Sala, cuyo contenido no se concreta aunque parece referirse a una controversia suscitada entre las mismas partes al apreciar irregularidades por parte de la Administración en la ejecución de un contrato, desconociendo que, como se dijo en el escrito de contestación a la demanda, las obras en cuestión fueron paralizadas de forma unilateral por el contratista en el mes de Junio de 2003, continuando en ese estado hasta el mes de Marzo de 2004.

En el caso examinado concurren las siguientes circunstancias: a) No se contiene, por vía de remisión una expresa y pormenorizada referencia que hace la Sala de instancia a su anterior Sentencia de 18 de Enero de 2008, cuyo examen, después de incorporar su contenido a las actuaciones del recurso de casación, afecta al expediente nº 33/00 dimanante del contrato "Ceo Mogán" sobre solicitud de abono de un contrato suscrito con la Consejería de Educación por la entidad "Hormiga Construcciones y Auxiliares Canarias S.L." en un tema sustancialmente distinto a la cuestión aquí planteada, si bien parte de su fundamentación se reproduce en la Sentencia recurrida. b) La Sentencia aquí impugnada no se encuentra debidamente fundamentada con respecto a las concretas pretensiones deducidas al estimar el recurso contra la desestimación presunta de la solicitud formulada el 26 de Marzo de 2004, y declarar la resolución del contrato por causa imputable a la propia Administración, pues siendo éste el núcleo esencial de la pretensión, no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que se extrae del examen de

las actuaciones. c) Se desconocen, pues, cuáles son los razonamientos jurídicos que llevan a la Sala a concluir que procede la resolución del contrato por causa imputable a la Administración y se ignora, asimismo, cuáles son las "irregularidades" que se consideran probadas y los efectos que hubieran podido tener en la ejecución del contrato, mucho más si se tiene en cuenta que la entidad recurrida no ha cumplido con la carga de probar los extremos que invoca, pese al mandato contenido en el Art. 217 de la L.E.C. y sobre esta causa la entidad recurrida reconoce, en el escrito de oposición al recurso de casación que el hecho de que la Sentencia no haya contestado a alguno de los argumentos de la parte ahora recurrente, no puede calificarse de incongruencia emisiva, si bien ha de pronunciarse sobre lo solicitado motivando debidamente su decisión. d) La Sentencia no reúne, pues, las tres exigencias básicas que debe presidir la motivación de toda decisión judicial: en primer lugar, que se base en un contenido preciso y pormenorizado del correspondiente pronunciamiento; en segundo término, que se ofrezcan detalladamente los hechos esenciales y los razonamientos jurídicos básicos; y, por último, que se aluda expresa y singularmente a las distintas particularidades del supuesto controvertido, exigencias todas ellas que no han sido explicitadas en el caso analizado. Por consiguiente, la Sala de instancia no da respuesta a la pretensión fundamental ejercitada por la parte recurrente y sobre la base de lo dispuesto en la doctrina jurisprudencial [entre otras, las Sentencias de esta Sala Tercera de fechas 10 de Marzo de 2003, (recurso 7083/1997), 7 de Junio de 2005, (recurso 2775/2002), 16 de Diciembre de 2009, (recurso 2375/2006) y 2 de Junio de 2011, (recurso 2787/2008)], han resultado vulnerados los postulados constitucionales y legales de lo que debe ser una adecuada y suficiente motivación judicial, conforme a las previsiones establecidas en el Art. 24.1 de la Constitución al faltar los elementos esenciales para comprender el sentido de la decisión, por lo que procede estimar el primero de los motivos, revocar la Sentencia recurrida y examinar el fondo del asunto en los términos en que fue planteado el debate procesal de instancia.

Se solicitó la ampliación del recurso en el plazo de dos meses contado a partir de los efectos de la notificación (10 de Enero de 2005), por lo que el enjuiciamiento que tenía que haber asumido la Sala de instancia debía haber contenido las dos Resoluciones expresas que no imputaban a la Administración, sino al contratista la responsabilidad de la resolución contractual. A pesar de haberse acreditado que mediaron reiterados incumplimientos contractuales por parte de la contrata, y que, por el contrario, no medió ninguna irregularidad imputable a la Administración, dicha circunstancia no fue tomada en consideración en la Sentencia, que acoge, sin justificación, la petición de resolución del contrato por causa imputable a la Administración, cuando las obras fueron paralizadas de modo unilateral por parte del contratista, desde el 30 de Junio de 2003, de manera que la ausencia de certificaciones de obra y, por tanto, de sus respectivos pagos, no es sino una consecuencia de la decisión unilateral de la empresa constructora, de proceder a la paralización de los trabajos. No consta acreditado en las actuaciones que se produjera alteración del proyecto de obras aprobado, sino sólo aumentos en unidades de obra previstas en el proyecto, que no excedían del 10 por 100, a pesar de lo cual la Sentencia considera que existieron irregularidades en la ejecución del contrato, circunstancia por la que concluye que procede su resolución por causa imputable a la Administración. La Sentencia impugnada acoge los argumentos de la sociedad ahora recurrida, en relación con la procedencia de tramitar un modificado de obra, cuando, según prevé el Art. 101 del T.R.L.C.A.P., los modificados de los

contratos administrativos sólo son posibles, por razón de interés público, si concurren circunstancias nuevas o causas imprevistas, lo que no consta acreditado en las actuaciones ni, por otra parte, se aporta por la referida sociedad suficientes elementos probatorios que evidencien un incumplimiento contractual por parte de la Administración. Pese a la concurrencia de estas circunstancias, en la Sentencia recurrida se acoge la pretensión de resolución de contrato por causa imputable a dicha Administración²¹¹.

Finalmente, hay que citar el recurso de casación de DETEA S.A. El primero de los motivos se divide, a su vez, en dos sub apartados en los que se denuncian, respectivamente, la infracción del Art. 149.e y del 95.1 en relación con el 111.e, todos ellos del T.R.L.C.A.P.,²¹², por el que se aprueba dicho Texto Ley. Como sustento de la

²¹¹ En cuanto al análisis del fondo del asunto, el T.S. subraya que no es imputable a la Administración la resolución contractual, pues son estimables las denunciadas infracciones de los Arts. 101, 111.e y 149 de la L.C.A.P. En este sentido, procede significar que el Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, señala en la cláusula 62, al regular las modificaciones no autorizadas, que "ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente"; si bien a renglón seguido dispone que quedan exceptuadas "aquellas modificaciones que, durante la correcta ejecución de la obra, se produzcan únicamente por variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubificaciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato". En el caso que está enjuiciándose se produjeron diversos modificados de la obra, detallados en el folio 27 del expediente, que afectaban a los siguientes conceptos: a) Forjados, en los que existía un exceso de unidades autorizado por la Dirección Facultativa. b) Electricidad, en donde se produjo un incremento. c) Pilares. d) Hormigón de limpieza. e) Impermeabilización de cimientos, en donde se produjo un incremento pendiente de cuantificar en el momento en el que se remitió a la Administración contratante el correspondiente escrito por parte de la sociedad aquí recurrida. Los referidos extremos son reconocidos por la propia Administración, pero no como motivo de modificados superior al 10%, que no constan acreditados (escrito de la Jefatura del Servicio de Promoción Pública del Instituto de la Vivienda del Gobierno de Canarias, de fecha 11 de Octubre de 2004 -folio 201-). Tales circunstancias excluyen la supuesta imputación de responsabilidad a la Administración que no justifica la Sentencia recurrida y permiten concluir reconociendo la validez de las Resoluciones de 16 de Noviembre de 2004 y 3 de Enero de 2005, dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias por lo que declara haber lugar al recurso.

²¹² S.T.S. de 8 de Febrero de 2012, Nº de Recurso: 4815/2009, Ponente: D. JOSÉ DIAZ DELGADO. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó Sentencia el 2 de Junio de 2009, desestimando el recurso interpuesto por DETEA, S.A., contra la orden dictada por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía con fecha del nueve de Mayo del año 2005. Por la entidad DETEA S.A. se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Consejera de Cultura de la Junta de Andalucía por la que, entre otros pronunciamientos, se acordó la resolución de contrato de obra denominado "Obras de ejecución de la unidad de recepción en el conjunto arqueológico de Baelo-Claudia (Cádiz)" por causa imputable a la empresa contratista y en aplicación de lo dispuesto en los Art. 95.1 y 111.e del T.R.L.C.A.P., por el que se aprueba dicho Texto Refundido La Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. de Andalucía desestimó el referido recurso señalando que: "Se hace, por tanto, preciso examinar, en primer término, la concurrencia de la causa de resolución que es invocada por parte de la contratista. Sobre este aspecto, cabe considerar que consta a tenor del expediente administrativo el acta de comprobación de replanteo e inicio de las obras levantadas el día 29 de Enero del año 2003. La suspensión inicial temporal total de la obra de 14 de Abril del año 2003, levantándose acta que consta al folio 38 del expediente administrativo, memoria de 19 de Mayo del año 2003, sobre la necesidad de redactar el primer modificado, presupuesto, autorización de la redacción del proyecto modificado del 22 de Mayo del año 2003, resolución de autorización de continuación provisional de las obras de 28 de Julio del año 2003, primera ampliación del plazo de ejecución de la obra acordado a instancias de la propia contratista con fecha de 30 de Marzo del año 2004, y hasta el 30 de Noviembre

del mismo año. Por otra parte, informe sobre deficiencias en ejecución levantado el 29 de Octubre del año 2004, nueva ampliación del plazo de ejecución a instancias de la contratista de cuatro meses, acordado el 29 de Noviembre del año 2004, nuevo informe sobre estado de las obras en construcción de dos de Febrero del año 2005, en el que se hace constar la práctica de una visita de inspección, observándose que éstas se hallan absolutamente paralizadas y el nulo avance de las mismas y advirtiéndose al Jefe de Obras de la imposibilidad del cumplimiento del plazo establecido. La presentación en el mes de Mayo del año 2005, de escrito de la contratista instando la resolución del contrato. A partir de aquí cabe destacar el inicio de incidente de resolución del contrato de obras que previo informe del Consejo Consultivo, resolviéndose por la demandada la resolución del contrato mediante la decisión que ahora es objeto del recurso, siendo la causa justificativa la recogida en la letra e) del Art. 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, por cumplimiento de los plazos de ejecución por causa imputable al contratista y demora en los plazos parciales y en el plazo final de ejecución del contrato, con arreglo al Art. 95 del mismo texto. La recurrente, por su parte, considera que las modificaciones que dan lugar a la concurrencia de la citada causa de resolución no sólo radican en el primer modificado, que es el único que admite la administración demandada, considerando que a partir del mismo se introduce una variación del 14,42%, sino que además deben tomarse en cuenta las obras de la red de aguas y telefonía, que se titulan ambas como obras de ampliación de las del conjunto arqueológico, los gastos de ensayos de anclajes que no estaban previstos en el plan de obra y resultaron positivos en cuanto a la buena calidad de su ejecución, así como las ampliaciones de plazo. También el segundo modificado. Sin embargo, la prueba practicada no logra poner de manifiesto la efectiva concurrencia de las circunstancias materiales en que apoya la recurrente su pretensión; así, y en los términos en que se afirma la administración en su escrito de contestación, sólo consta como única modificación del contrato, efectivamente aprobada, el primer proyecto de modificado, que comportaría, tal y como se reconoce en el propio informe del perito judicial, una modificación de escasamente más del 14% del precio inicial del contrato, insuficiente por tanto para apreciar la concurrencia de la citada causa de resolución que se invoca por la contratista. De este modo, en el meritado informe se señala que el primer modificado es aprobado en Noviembre del año 2003, y su importe ascendió a 324.469,42 €, incrementándose el importe total del contrato de las obras de 2.250.019,94 € a 2.574.489,36 €, lo que representaría un incremento del 14,42%. Por lo demás, no cabría incluir dentro de las modificaciones los ensayos de anclaje o unión en muros de hormigón u otros ensayos, pues como expone el dictamen del perito no tenían por qué estar contemplados en el plan de control de la obra, debiendo además tomarse en consideración que efectivamente en el apartado segundo de la cláusula decimosexta de pliego del contrato relativa a los ensayos y análisis de materiales y unidades de obra se reconoce que los costes de ejecución de los ensayos, análisis, las pruebas o controles preceptivos para verificar las condiciones de ejecución se considerarían incluidos en los precios recogidos en el proyecto y de acuerdo con el presupuesto desglosado. Tampoco deben tomarse en cuenta las obras de la red de aguas y telefonía, pues con independencia de su titulación, lo cierto es que no se constituyeron en un contrato independiente objeto de adjudicación autónoma y separada del contrato al que se refieren las presentes actuaciones y, desde luego, no consta su tramitación como modificación de éste. Véase, en este mismo sentido, que el propio dictamen del perito judicial afirma que las obras de ampliación de la red de agua y ampliación de la red de telefonía se adjudican a la recurrente en el mes de Julio del año 2004. En el mismo sentido, en cuanto a las sumas que se reclaman por acopios, pues como se expone por el perito judicial, en la cláusula novena del contrato de ejecución de obras se extrae de su reembolso al contratista en caso de resolución del contrato por causa que le fuere imputable. Del mismo modo, tampoco puede ser acogida la tesis relativa al segundo modificado, pues a tenor del expediente administrativo no consta su efectiva aprobación, sino únicamente la resolución del siete de Diciembre del año 2004, por la que se autoriza la redacción de un proyecto modificado a fin de resolver las nuevas necesidades y causas técnicas imprevistas surgidas durante el desarrollo de las obras. Además, se deja constancia en el dictamen del perito que ese modificado final, proyecto modificado segundo, tiene fecha de mayo del año 2005, supervisándose en el mes de Septiembre siguiente; sin embargo, ya la contratista había presentado su escrito instando la resolución del contrato en el mes de Marzo del mismo año. No cabe desconocer efectivamente la jurisprudencia que invoca la recurrente en su escrito de conclusiones sobre la concurrencia de hechos y actitudes que impliquen la existencia de una voluntad relativa a la modificación del contrato; sin embargo, en este caso no es que la modificación del contrato se dedujere tácitamente de la conducta desplegada por la contratista, sino que realmente se había iniciado el proceso para la aprobación de un nuevo proyecto modificado, si bien éste aún no había sido efectivamente aprobado al tiempo en que la recurrente insta la resolución del contrato, por lo que no puede ser tomado

en consideración a la hora de apreciar la concurrencia de la causa de resolución que se invoca. En este sentido, debe además tenerse en cuenta la jurisprudencia que señala que para que el exceso de obra pudiera haberse valorado como causa de resolución del contrato, era obligado el haberlo denunciado en su momento, cual refiere la Sentencia recurrida, y ello en el caso de autos no aconteció y sí por el contrario, está acreditado que en el momento de la resolución del contrato, que coincidió en buena medida con la fecha de terminación tras las ampliaciones, aún no había sido ejecutada la obra, como se describe en las conclusiones del dictamen pericial, lo que por otra parte justificaba suficientemente la decisión de la Administración para resolver el contrato por incumplimiento del contratista (así, Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de fecha de trece de Junio de dos mil seis). No consta que la contratista manifestare su oposición o disconformidad ni siquiera al primero de los modificados introducidos en el contrato y, desde luego, al resto de vicisitudes que se relacionan en el escrito de demanda. En lo relativo a la concurrencia de la causa de resolución que es apreciada por parte de la Administración demandada, deben tomarse en cuenta los informes sobre deficiencias en la ejecución y desarrollo de las obras que se incorporan al expediente administrativo y que no han resultado desvirtuados, de forma material o efectivamente probada, a partir de la actividad material desplegada en el curso de este proceso. Así, el informe de fecha de 29 de Octubre del año 2004, que aparece al folio 69 del expediente administrativo, y en el que se describe una mala ejecución de los muros de hormigón y otras deficiencias constatadas a partir de la realización de una visita de inspección a la obra el día 28 de Octubre anterior o el informe de 2 de Febrero del año 2005, en el que se expone que las obras se encuentran absolutamente paralizadas y el nulo avance en las mismas, advirtiéndose al jefe de obras de la imposibilidad de cumplimiento del plazo establecido. En relación con el anterior, la comunicación de 4 de Febrero de 2005, emitida por la Dirección Facultativa, en la que se dice que se pudo constatar que el ritmo de la obra continúa con el mismo escaso nivel que al principio, no habiéndose advertido el cambio de ritmo prometido por la constructora, ni en la calidad de ejecución ni en la intensidad en el desarrollo de los trabajos. Por otra parte, debe tomarse en cuenta, en relación con los anteriores informes y de modo acorde con lo expuesto en éstos, que el perito de designación judicial reconoce la posible realización de obras de terminación de estructura por importe total de algo más de 55.500 € desde el mes de Enero del año 2005. Valoración además -al igual que las que se hacen en los referidos informes de inspección de obras- que pone de manifiesto, en cualquier caso, la especial dificultad existente en el avance de las obras, pues con arreglo al dictamen del perito, a fecha de 30 de Abril del año 2004, se había completado en el capítulo de estructuras el 87,37% del total de las obras contratadas. De este modo, por tanto, consta que efectivamente y a partir del mes de Enero del año 2005, se pone de manifiesto la paralización en la ejecución de obras por parte del contratista -además del escaso avance de las mismas desde mediados del año anterior- no obstante la pendencia en la realización de obras relativas a la terminación de la estructura, aspecto que pone de manifiesto la real concurrencia de la causa de incumplimiento imputable a la contratista y apreciado por parte de la administración. En el anterior contexto, se hace precisamente mención en la resolución impugnada a la existencia de aquellos informes de inspección de los meses de Febrero del año 2005, en los que se pone de manifiesto la paralización absoluta de las obras y nulo avance de las mismas e imposible cumplimiento del plazo establecido; documentos que llevan a la demandada a alcanzar la conclusión que finalmente obtiene a partir de la que describe como actitud de la contratista y el perjuicio que la misma supondría al interés público. No es óbice, por tanto y en consecuencia, la suspensión inicial total de las obras o las posteriores ampliaciones de plazo de ejecución adoptados a instancias de la propia contratista, pues lo cierto es que ya desde el mes de Enero del año 2005, se observa la completa paralización en la ejecución de las obras por parte del recurrente, aspecto además que no es objeto de controversia, como se pone de manifiesto en las conclusiones del actor a partir de la valoración que hace del dictamen del perito judicial. Lo expuesto conduce necesariamente a apreciar la realidad del incumplimiento que se imputa a la contratista como causa de resolución del contrato, tal y como se explica detalladamente en el informe del Consejo Consultivo que se incorpora al expediente administrativo, cuando constata la escasa obra realizada desde finales del mes de Noviembre de 2004, hasta Enero del año 2005, a pesar de lo previsto en el último planning de 26 de Noviembre del año 2004, así como la escasa obra realizada durante el mes de Enero del año 2005, insistiendo en que la obra está aún inacabada y abandonada, sin justificación para el abandono unilateral de la misma por parte de la contratista. Por lo demás y si bien es cierto que la administración demandada considera que a la fecha de 31 de Marzo del año 2005 aún quedaba por ejecutar el 54,46% del presupuesto y que el dictamen del perito judicial eleva dicho porcentaje en lo relativo al grado de terminación de las estructuras de la obra, lo cierto es que en ambos casos se pone de manifiesto la no terminación de este último aspecto o extremo

infracción del Art. 149.e, comienza la entidad recurrente refiriendo que, en Noviembre de 2004, las obras se encontraban ejecutadas conforme al Programa de Trabajo previamente aprobado y que, sólo unos días después, el 7 de Diciembre, la Administración autorizó la redacción de un nuevo proyecto de modificado con el fin de resolver los problemas que, desde Abril de 2004, venían impidiendo la realización de las obras, resultando irrefutable que, tal segundo modificado proyecto de modificado que está fechado en Mayo de 2005, y supervisado en el mes de Septiembre siguiente suponía la alteración del presupuesto inicial del contrato en cuantía superior al 20 por ciento. Pese a considerar tales hechos indiscutibles, afirma que la Sentencia recurrida no acogió la causa de resolución contractual esgrimida por no encontrarse dicho segundo modificado aprobado al tiempo en que la Administración adoptó la resolución recurrida en la instancia, con lo que incurrió en contradicción pues, previamente, admitió que se debía estar a los hechos y actitudes que implicaran la existencia de una voluntad de modificar el contrato, tal y como señala la jurisprudencia, con cita de la Sentencia de esta Sala de 13 de Marzo de 1990. El segundo de los sub apartados denunciaba una supuesta infracción del Art. 95.1 en relación con el 111.e La entidad recurrente niega que incumpliera los plazos de ejecución del contrato así como que, en su caso, dicho incumplimiento le fuera atribuible. Reitera que, en Noviembre de 2004, cumplía el plan de ejecución de la obra y que el retraso apreciado por la Administración en ningún caso le era imputable toda vez que el segundo modificado impedía la ejecución de las obras.

El T.S. comienza en primer lugar, con la supuesta infracción del Art. 149.e del T.R.L.C.A.P, que se imputa a la Sentencia recurrida en el primer sub apartado del motivo, sobre la base de no haber tenido en cuenta la existencia de un segundo modificado que incrementaba el precio primitivo del contrato en más de un 20 por ciento pues, según refiere, para que ello se hubiera producido no resultaba preciso, como sostiene la Sala de instancia, su efectiva aprobación sino simplemente la existencia de hechos y actitudes de los que se dedujera la voluntad de modificarlo, tal y como ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala, citando a tal efecto nuestra Sentencia de 13 de Marzo de 1990. Asimismo, estima que la conclusión que alcanza la Sentencia recurrida se contradice con el previo reconocimiento que realiza de la existencia de la referida doctrina jurisprudencial. De lo expuesto se desprende con toda claridad, la falta de fundamento del motivo que analizamos puesto que, a pesar de que, en apariencia, su base argumental es la vulneración por la Sentencia recurrida del precepto antes referido, en realidad, lo que se está denunciando por un lado, es la

de la misma y, en relación con los mencionados informes de inspección, el estado de nulo o escaso avance en el que se hallaba el proceso de ejecución... No cabe, por lo demás, reconocer cantidad alguna en concepto de quebranto económico sufrido por la contratista, dada la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la misma y resultando improcedente además el reconocimiento de los conceptos que son considerados a fin de identificar la suma que se reclama por el anterior concepto. Se trata de los elementos ya examinados relativos a liquidación final de obras, acopio de materiales, ensayos, ampliación de los plazos y suspensión temporal, extremos cuya falta de procedencia ya ha quedado expuesta. Por último y en lo relativo a la liquidación del contrato, es el propio dictamen del perito judicial el que pone de manifiesto el importe de 33.566,62 €, de modo acorde al reconocimiento que de dicha cantidad hace la resolución recurrida en su página ocho, sin que concurra, en consecuencia, elemento material alguno que justifique una variación del anterior pronunciamiento. Por lo expuesto, en definitiva, los hechos en que se fundamenta la pretensión de la recurrente no encuentran adecuada base material o acreditativa a partir de la prueba practicada en el presente recurso y ello debe conducir necesariamente a su desestimación".

infracción de esa invocada jurisprudencia de esta Sala que, a juicio de la recurrente, no fue seguida por la Sala de instancia y que fue determinante de que no se estimara la concurrencia de la causa de resolución sustentada en las modificaciones operadas en el contrato, así como, en segundo lugar, la contradicción interna en que ha incurrido la Sala de instancia por cuanto la conclusión que alcanza en relación con tal causa de resolución, no resulta coherente con las consideraciones que la preceden. Pues bien, además de que la entidad recurrente no ha invocado en el encabezamiento del sub apartado que analizamos tal infracción de la jurisprudencia, omisión que, por sí sola, justificaría la desestimación de tal argumentación, debe recordarse, a su vez, que para que la infracción de jurisprudencia pueda ser acogida constituye doctrina reiterada de la Sala, que no basta la mera cita de una Sentencia de esta Sala, tal y como acaece en el presente recurso, sino que se viene exigiendo la invocación de dos Sentencias al menos coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina, de conformidad con el carácter reiterado que impone el Art. 1.6 del C. Civil, debiéndose, a su vez, realizar la necesaria comparación de las circunstancias concurrentes en los precedentes que se citan con el supuesto examinado, cosa que tampoco ha ocurrido en este caso, en el que la entidad recurrente se limita a transcribir parcialmente la fundamentación de la Sentencia de esta Sala de 13 de Marzo de 1990, y reclamar su aplicación, pero sin realizar ese necesario contraste. Por otro lado, si acudimos al precedente jurisprudencial invocado, advertimos que tampoco se produce la necesaria identidad entre el supuesto resuelto en aquél y el que se plantea en el presente recurso. En aquella Sentencia de 13 de Marzo de 1990, no se resolvía sobre la posible incidencia que una modificación de un contrato proyectada, pero no definitivamente aprobada, podía tener en la aplicación de la causa de resolución de los contratos con base en la existencia de modificaciones que conllevaran un incremento del precio primitivo superior al 20 por ciento, sino que se pronunciaba sobre una controversia en la que únicamente se discutía la procedencia de abonar a la contratista el exceso de obra efectivamente realizado como consecuencia de una modificación del proyecto que no llegó a formalizarse. En última instancia, para que hubiera sido posible abordar la supuesta contradicción interna de la Sentencia recurrida, hubiera sido preciso que la entidad recurrente hubiera incardinado tal vicio en el Art. 88.1.c de la Ley Jurisdiccional, lo que evidencia el escaso rigor formal empleado en su elaboración e imposibilita todo pronunciamiento en relación con tal defecto invocado, en lógica consecuencia con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación que impone la observancia de determinados requisitos formales para su viabilidad²¹³.

²¹³ Explica el T.S. que: “La segunda de las infracciones alegadas en el segundo sub apartado denunciaba la vulneración de los Arts. 95.1 y 111.e del T.R.L.C.A. Ley. Del examen de dicho motivo se desprende, con toda claridad, la discrepancia de la entidad recurrente con las conclusiones fácticas a las que llega la Sala de instancia, negando por un lado la existencia de retrasos en la ejecución del contrato que le fue adjudicado y, de otro, rechazando que los mismos le fueran imputables. El motivo debe ser igualmente desestimado toda vez que la recurrente pretende cuestionar la apreciación de la prueba realizada por la Sala de instancia empleando un cauce inadecuado para tal fin, esto es, mediante la invocación de la infracción de determinados preceptos del referido Texto Refundido. En este sentido y tal y como dijimos en nuestra reciente Sentencia de 24 de Octubre de 2011, (recurso de casación nº 2138/2010) "(...) Debe recordarse que el error en la apreciación de la prueba ha quedado extramuros como motivo de casación y es que la casación es un remedio extraordinario a través del cual se acude al Tribunal Supremo con la finalidad de que, con ocasión de determinadas resoluciones (relacionadas en los Arts. 86 y 87 de la Ley 29/1998), revise la aplicación que se ha hecho en la instancia de las leyes sustantivas y procesales. Es extraordinario porque opera únicamente en virtud de los motivos establecidos expresamente por el

Muy interesante es un asunto de 2012²¹⁴. La Sentencia dictada el 1 de Febrero de 2011, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Madrid (Sección Tercera), en el recurso ordinario, desestima el recurso de la mercantil "J. QUIJANO, S.L.", (en la actualidad J. QUIJANO, S.L.). Esta empresa recurrió contra la desestimación presunta por parte de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Cultura de la solicitud - fechada el 26 de Diciembre de 2005, de resolución del contrato de obra denominada "Restauración, Rehabilitación y Acondicionamiento para uso museístico de la Casa de los Águilas de Ávila", suscrito el 18 de Marzo de 2003, y posteriormente modificado el 19 de Octubre de 2004, y reclamación de la devolución a la entidad actora de la fianza depositada, y abono a la misma de daños y perjuicios causados. La Sentencia impugnada delimita el objeto de debate en los siguientes términos (F.D. 1º): «(...) Por la recurrente se alega sustancialmente que la obra se ejecutó con normalidad hasta Junio de 2.005, en que se produjeron una serie de incidencias en la ejecución que fueron debidamente denunciadas por la actora y que, finalmente, provocaron la práctica paralización de las obras por causas ajenas a la contratista, consistiendo fundamentalmente tales incidencias en la falta de definición e instalación de las unidades de climatización, y en la existencia de unidades de obra que superaban el 10% de la medición y de unidades de obras nuevas que no figuraban en el Proyecto, generando un conjunto de irregularidades en la ejecución de las obras que precisaban ser corregidas a través de la paralización temporal de las obras, y la tramitación del oportuno modificado de las mismas, sin que la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Cultura haya realizado actuación alguna al respecto, generando dicha situación unos gravísimos perjuicios a la actora que hacían insostenible su permanencia en la contrata, por lo que se encontraba plenamente justificada, primero su reiterada petición de modificado de las obras con la consiguiente suspensión temporal de su ejecución, y, ante la ausencia de respuesta de la Administración, su posterior solicitud de resolución del contrato. Con relación a las incidencias reseñadas, la recurrente manifiesta, en síntesis, de un lado que

legislador, reducidos a comprobar si se ha «proveído» equivocadamente (error *in iudicando*) o se ha «procedido» de forma indebida (error *in procedendo*). La naturaleza de la casación como recurso tasado limita los poderes de este Tribunal y también la actividad de los recurrentes. No es, pues, una nueva instancia jurisdiccional; no nos traslada el conocimiento plenario del proceso de instancia, sino únicamente un análisis limitado a verificar los motivos enumerados en el Art. 88, apartado 1, de la Ley 29/1998. Por consiguiente, el recurso de casación no constituye una segunda edición del proceso, siendo su objeto mucho más preciso, pues trata de realizar un examen crítico de la resolución que se combate, estudiando si se han infringido por la Sala Sentenciadora las normas o la jurisprudencia aplicables para la resolución de la controversia, comprobando que no se ha excedido del ámbito de su jurisdicción, ejercida conforme a sus competencias a través del procedimiento establecido, y controlando, para en su caso repararla, toda posible quiebra de las formas esenciales del juicio por haberse vulnerado las normas reguladoras de la Sentencia o las que rigen los actos o las garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión. De este modo, la apreciación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal a quo únicamente puede acceder a la casación si, por el cauce de la letra d) del indicado precepto, se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o que la llevada a cabo resulta contraria a la razón e ilógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del Art. 9.3, de la Constitución - así, Sentencias de 17 de Noviembre de 2008, (casación 5707/07); 24 de Noviembre de 2008, (casación 3394/05); y 16 de Febrero de 2009, (casación 6092/05)-, que no es el caso".

²¹⁴ Ver S.T.S. de 17 de Enero de 2012, Nº de Recurso: 2758/2011, Ponente: D.VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS.

la existencia de unidades de obra que exceden del 10% de la medición, así como unidades de obra nuevas no previstas en el Proyecto, se acreditan con reseñados documentos obrantes en el expediente administrativo, en el que se especifican en dos apartados las unidades de obra irregulares, diferenciando entre aquellas unidades incluidas en el proyecto modificado y trabajos realizados o en ejecución no previstos en el proyecto modificado, desglosados, en ambos casos, en Edificio Principal de Palacio, Almacén y Talleres, suponiendo tales unidades un exceso de obras necesarias para la adecuada realización del Proyecto ordenada por la Dirección Facultativa y recibidas por la Administración contratante sin objeción alguna al respecto, lo cual genera el derecho de resarcimiento del contratista con percepción de la cantidad correspondiente, pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración a costa de la contratista; y de otro lado, que la falta de definición e instalación de las unidades de climatización se centra en un defecto del proyecto que carece de anejo de cálculos de climatización y la realización de la instalación sin haberse solicitado la oportuna supervisión de la casa de control contratada, por no disponerse de la memoria ni del cálculo del Proyecto contratado. La recurrente entiende que de la prueba obrante en el expediente administrativo y practicada procesalmente ha quedado acreditado: el rechazo y denuncia del irregular proceder de la Administración denunciado de forma reiterada en el procedimiento administrativo, y durante la ejecución de las obras, consistente en la denegación y caso omiso de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Cultura de la tramitación del oportuno modificado y paralización de la ejecución de las obras; la reiteración de la solicitud de resolución contractual y denuncia de la inactividad administrativa; el rechazo expreso de la existencia de incumplimientos contractuales de ejecución de obra por la contratista; la manifestación y denuncia de acontecimientos ocurridos en la obra que acreditan el caos de la misma por causas ajenas a la contratista con expresa denuncia de la paralización de la obra, por causas ajenas a ella, y de la incorrección de obligar a la contratista a certificar 0 € a pesar de existir obra ejecutada; la presentación por la contratista de cuadro comparativo de las mediciones de obra y entrega de las mismas a la Administración contratante; la inexistencia de paralización de obra, habiendo presencia constante en ella de personal de la contratista; la inexistencia de dejadez en la ejecución de la obra por la contratista, debiéndose la ralentización de la obra, única y exclusivamente, a la falta de definición pendiente de resolver por la Dirección Facultativa de la obra; y la existencia y reclamación por la contratista del abono de las unidades de obra ejecutadas superiores al 10%, y no contempladas en el Proyecto, y de los graves daños y perjuicios causados a la contratista por el retraso de la ejecución de la obra. Sobre la base de todo ello, la recurrente entiende que concurre en el presente caso un evidente incumplimiento de la Administración demandada y de la Dirección Facultativa de sus obligaciones de control y vigilancia de la obra sin culpa del contratista, que han convertido la ejecución de la misma y el cumplimiento del contrato en excesivamente gravoso para la contratista, que está facultada para solicitar la resolución contractual con devolución de las garantías y fianzas depositadas, pago de la obra realmente ejecutada y no abonada (unidades de obra que exceden del 10% de la medición y unidades de obra no previstas en el Proyecto) e indemnización de los daños y perjuicios causados, todo lo cual se cuantifica en la suma de 1.209.627,29 €. Por el Abogado del Estado, en defensa del demandado Ministerio de Cultura, se contesta manifestando que "los trabajos no se han cumplimentado ni, en consecuencia, se han recepcionado las obras" y que "tampoco se ha acreditado suspensión alguna de los trabajos por causa imputable a la

Administración, siendo la demora imputable al contratista", con remisión a criterios legales y jurisprudenciales que se citan en el escrito de contestación ». A continuación, en su fundamento de derecho segundo, relata así las pruebas practicadas en el curso del proceso y su contenido: «(...)SEGUNDO.- Planteado el debate en los términos expuestos, el resultado del recurso contencioso depende del de la actividad probatoria desplegada en el mismo, y a estos efectos tiene especial relevancia la practicada prueba pericial procesal consistente en el informe del Arquitecto Técnico D. Plácido designado por este Tribunal, y de cuyo dictamen, emitido tras visita a la obra el día 5.5.09, destaca, como contenido más significativo, lo que a continuación se transcribe siguiente con relación a los puntos propuestos por la recurrente para su examen: a) Sobre el aspecto de "Existencia de defecto del proyecto que carece de anejo de cálculos de climatización e impide valorar la similitud de los climatizadores instalados comparando las especificaciones de los mismos facilitadas por el instalador y las contenidas en el Proyecto, al objeto de verificar la adaptación de las instalaciones al edificio y la adecuada supervisión de la climatización por el organismo de control y calidad antes de su ejecución", el informe pericial manifiesta: "OBSERVACIONES: Existen planos en el proyecto de Agosto de 2002, con las especificaciones de equipos determinados para la climatización de las distintas zonas y sus conductos. Además existen unas especificaciones técnicas marcadas por el redactor del proyecto que se deben mantener siempre que no se determine lo contrario por la dirección facultativa. En el proyecto se da opción de poder instalar otros equipos equivalentes, y en el informe de SECOTEC con fecha 1.7.2005, se hace mención de varios aspectos en los que no se da la equivalencia de los mismos. Cuando se pretende sustituir el equipo especificado en un proyecto por otro equivalente, se debe aportar el cálculo que justifique dicho cambio. Este cálculo debe ser aportado por la parte interesada en el cambio, para su aprobación por la dirección facultativa. CONCLUSIÓN: En el proyecto ya se consideraban unos equipos supuestamente basados en un cálculo considerado por el redactor del mismo. Si se siguen exactamente las especificaciones del proyecto, la existencia o no de bases de cálculo es indistinta pues se siguen las indicaciones marcadas. Sin embargo, al cambiar los equipos se deben aportar los nuevos cálculos para justificar dicho cambio, siendo dichos cálculos por cuenta del interesado en el cambio". b) Sobre la cuestión de "Si J. Quijano, S.A. ha procedido a la instalación de las unidades de climatización en la forma y con las condiciones establecidas en el Proyecto, con independencia de los defectos del mismo", el informe pericial manifiesta: "OBSERVACIONES: Tal y como hago referencia en el apartado anterior los equipos instalados en obra no son los considerados en el proyecto. Además, según se desprende de las fichas técnicas y de los informes realizados por la empresa de control SECOTEC, en concreto del de fecha 1.7.2005, se aprecian algunas diferencias sustanciales como la supresión de filtro de carbón activo o como la variación de tipo <<solo aire primario a ser del tipo mezcla aire primario>>".

Aparte, de la revisión del acta notarial del estado de las obras y de la propia inspección realizada se detecta la falta de terminación de la partida mencionada. CONCLUSIÓN: Por tanto, solo se puede confirmar que no se ha procedido a la instalación de las unidades de climatización en la forma y condiciones establecidas en el proyecto". c) Sobre el aspecto de "Existencia de unidades de obra que superan el 10% de la medición y de unidades de obra nuevas que no figuran en el Proyecto, generando un conjunto de irregularidades en la ejecución de las obras que precisan ser corregidas a través de la paralización temporal de las obras y la tramitación del oportuno

Modificado", el informe pericial manifiesta: "OBSERVACIONES: Después del análisis de las mediciones y planos del proyecto, al igual que del informe de discrepancias entre las partes y en los informes de SECOTEC, he detectado las diferencias a las que hace referencia y mención a las unidades nuevas. Pero no he podido determinar con exactitud el porcentaje final en el que se sobrepasa la medición, ya que algunas unidades de las mencionadas solo se podría determinar su medición habiéndolas comprobado en el momento de la ejecución o dando por ciertos los albaranes de la misma. Aunque sí puedo determinar que se supera el 10% de la medición. CONCLUSIONES: Con este porcentaje de variación se dan las condiciones necesarias para hacer una revisión del proyecto, por lo que sería necesario modificar el proyecto, dejando a las partes la aplicación de la paralización de las obras". d) Sobre la cuestión de "Si J. Quijano, S.A. ha procedido a ejecutar las referidas unidades de obra y tiene derecho a la certificación y cobro de las mismas", el informe pericial manifiesta: "OBSERVACIONES: Este aspecto, para mí, es de imposible comprobación ya que existen partidas cuya dimensión y constitución están ocultas, no pudiendo determinar la totalidad de su ejecución.

Entiendo que este apartado no hace referencia a la totalidad de las partidas indicadas en el apartado anterior, pues existen, todas las referentes a instalaciones, que no están ejecutadas. Puedo determinar la ejecución de algunos de los conceptos relacionados pero no su alcance. Además se da la circunstancia de la intervención de otra empresa (VOLCONSA) en el momento de realizar mi inspección, dando lugar a una posible confusión entre lo realizado por una u otra empresa. CONCLUSIÓN: La determinación del valor a considerar se tendría que llevar a cabo en el momento de la ejecución de las mismas y con acuerdo entre las partes. Pero puedo determinar la existencia de ejecución de las siguientes partidas:...", describiéndose a continuación las mismas según su ubicación (en Edificio Principal del Palacio: "Desmontaje de Jambas dinteles de granito," (Dem). Forjado viguetas de hormigón, Dem. Fábrica ladrillo pié a mano", etc., y en Edificio de Almacén y Talleres: "Excavación a máquina, Transporte a vertedero, Hormigón en muros", etc... e) Sobre la cuestión de "Si relacionando la prueba obtenida en los apartados b) y c) puede afirmarse que el Proyecto de Ejecución era perfectamente ejecutable", el informe pericial manifiesta: "OBSERVACIONES: Para la conclusión de este apartado he considerado, sobre todo, el concepto definitivo a conseguir según las especificaciones de proyecto y la idea de respeto a la herencia histórica tanto en lo referente al edificio, restos arqueológicos y obras que compongan la exposición.

Además de cubrir las necesidades de los distintos aspectos de mantenimiento, seguridad y usos en estas instalaciones. Pues según sean considerados en mayor o menor medida estos aspectos, es como se define el fin a conseguir, como es el caso de la climatización, no siendo necesaria una instalación tan compleja si el uso definitivo fuera de hostelería pues no entraría en consideración la seguridad en la conservación de las obras expuestas. Siendo de igual manera aplicable al concepto estructural, distribución, instalaciones, etc. CONCLUSIÓN: Por ello opino que sin la consideración de las partidas a las que se hace referencia en los apartados b y c no sería posible la ejecución de este proyecto, recordando en lo referente a la climatización, apartado b, que se debe seguir los criterios marcados en proyecto". f) Sobre la cuestión de "Inexistencia de paralización de las obras. Si los trabajos se han realizado continuamente sin abandono de la obra por el contratista o simplemente se han dejado de ejecutar las unidades de obra con exceso de medición del 10%, las no contempladas en el Proyecto, así como las

unidades de obra con falta de definición proyectual (climatización entre otras)", el informe pericial manifiesta: "OBSERVACIONES: Para la determinación de este apartado, principalmente he examinado las actas de obra, aunque también he realizado mi interpretación del estado de las obras en la actualidad contrastándolo con el tiempo que han necesitado para su ejecución. CONCLUSIÓN: Por parte del constructor no se han paralizado las obras según se refleja en las actas, salvo cuando así se ordena en las mismas. Sí debo señalar que, por el volumen de obra ejecutada en el tiempo empleado para la misma, han tenido un ritmo de producción por debajo de lo habitual. Si bien, el motivo de este ritmo no lo puedo determinar, pudiendo estar su origen motivado por alguna de las siguientes situaciones: - Falta de recursos en la empresa constructora, - Falta de definición en proyecto, - Falta de atención de la Dirección facultativa a los requerimientos de la constructora, - Existencia de variaciones del Proyecto durante la ejecución, y - Circunstancias particulares en la ejecución, no previstas en proyecto". Por el Abogado del Estado, en defensa del demandado Ministerio de Cultura, se ha aportado una "nota interior" de la Subdirección General de Obras, de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura, con las siguientes observaciones al Informe Pericial de D. Plácido: El informe pericial enuncia que son sobre "aspectos del proyecto de ejecución y no sobre los aspectos administrativos demandados. La visita del señor perito se realiza el 5.5.2009, cuando ya se habían ejecutado obras con cargo a un expediente "de urgencia" para evitar deterioros irreversibles. A las "observaciones y conclusiones" se debe puntualizar: 1º.- No existe defecto de proyecto, ya que los anexos de cálculos de climatización figuran en el mismo, pero no en el Proyecto Modificado, ya que éste completa el proyecto primitivo pero no repite su total contenido. Se considera acertada la conclusión en cuanto si se pretende una modificación de lo definido en los documentos del proyecto, la empresa J. Quijano interesada en el cambio es quien debe producir los documentos anexos de cálculo para su aprobación por la Dirección Facultativa y el órgano de contratación correspondiente. 2º.- De acuerdo con la conclusión del Sr. Perito. 3º.- Puede ser que en alguna partida se haya superado el 10% del presupuesto de esa partida, pero en ningún caso se ha superado el 10% del presupuesto de licitación. 4º.- Es imposible que en la fecha de la visita del Sr. Perito se pueda afirmar que lo ejecutado se debe a las actuaciones de la empresa J. Quijano. 5º.- El proyecto y su modificado definían la ejecución de una obra viable, según se declaraba por la empresa, en las actas de comprobación de replanteo de las mismas. 6º.- La empresa J. Quijano envió escritos a los subcontratistas, comunicando la paralización unilateral *sine die* de las obras, sin conocimiento ni autorización de la Dirección Facultativa. Se hace constar la ralentización y paralización de varias unidades de obra, sin justificación. En el trámite de aclaración de su informe, y en respuesta al interrogatorio presentado por la parte recurrente, el perito judicial se ratifica en sus apreciaciones y conclusiones, según consta en los autos, manifestando entonces la actora que "el perito no se ha pronunciado sobre la solicitud de ejecución y medición de las referidas unidades de obra no previstas en el Proyecto, así como, en su caso, el derecho de mi representada a la certificación y cobro de las mismas", y planteando expresamente la recurrente las siguientes aclaraciones al perito: "a) De la relación contenida en los apartados A) y B) anteriores, ¿puede Ud. especificar qué partidas le resultan de imposible comprobación por estar ocultas?. b) De la relación contenida en los apartados A) y B) anteriores, ¿puede Ud. especificar qué partidas por no encontrarse ocultas puede determinar que han sido ejecutadas por J. Quijano? ¿Puede dimensionarlas? c) Con respecto a las partidas que le resultan ocultas, ¿podría

determinar su existencia de alguna de las siguientes formas: a) Mediante la comprobación de los Planos de la obra; b) Con la comparativa de los contratos de ejecución de obra y certificaciones de VOLCONSA; c) Con la realización de calas. De no poder determinarse las partidas ocultas de ninguna de las formas especificadas en el apartado anterior, ¿puede Ud. especificar alguna otra? d) De considerar Ud., que existe alguna forma de poder determinarse las partidas ocultas, ¿podrían dimensionarse?" A estas cuestiones el perito ha contestado lo siguiente: "a) Todas, por los siguientes motivos: - Existencia de partes ocultas e imposibilidad de determinar composición exacta y cuantía de hierro real en todas las partidas de elementos estructurales. - Unidades de obras sustituidas y otras ya realizadas, no pudiendo constatar cuáles han sido realizadas por J. Quijano o por Volconsa, o cuáles han tenido que ser reparadas o completadas y en qué medida. Estos hechos solo se pueden constatar durante el proceso constructivo. b) No, por los motivos anteriormente expuestos. c) Considero imposible conseguir el dimensionado real de las partidas por lo expuesto con anterioridad. Pero se podría usar la documentación de proyecto, los contratos y certificaciones de J. Quijano y Volconsa para obtener un valor aproximado de las mismas. d) Como ya he expuesto con anterioridad, solo se podría determinar un dimensionado real durante la ejecución. Una vez ejecutado y habiendo intervenido otra empresa, para mí, es imposible su dimensionado real".». En su fundamento de derecho tercero se refiere a las aclaraciones solicitadas reiteradamente por la parte actora con relación al informe pericial a fin de que, por el mismo perito o, de no ser éste hallado tras las medidas de localización que propone, por otro nuevo perito designado, se efectuase la valoración de las unidades de obra que superan el 10% de la medición y aquellas otras nuevas que no figuran en el Proyecto", y reproduce los fundamentos jurídicos del Auto dictado por la Sala de fecha 6 de Septiembre de 2010, sobre el particular, del siguiente tenor literal: «PRIMERO: El motivo sustancial de la impugnación planteada reside en que en el informe del Perito Judicial D. Plácido no se contiene una "valoración de las unidades de obra que superan el 10% de la medición y aquellas otras nuevas que no figuran en el Proyecto", cuya práctica probatoria fue solicitada por la parte actora y admitida por la Sala. La parte recurrente aportó un interrogatorio a efectuar al perito judicial con relación a su informe. En tal interrogatorio, entre otras cuestiones, se manifiesta que el perito "no se ha pronunciado sobre la solicitud de ejecución y medición de las referidas unidades de obra no previstas en el Proyecto, así como, en su caso, el derecho de mi representada a la certificación y cobro de las mismas", solicitando a continuación al perito una serie de aclaraciones en ninguna de las cuales se le requiere expresa e inequívocamente "la valoración de las unidades de obra que superan el 10% de la medición y aquellas otras nuevas que no figuran en el Proyecto". Por el demandado Ministerio de Cultura se presentó el 10.9.09, un escrito sobre observaciones al informe pericial. Con fecha 16.11.09, el Perito D. Plácido remitió un escrito sobre "respuestas al interrogatorio propuesto por J. Quijano", contestando a las cuestiones planteadas. En su último párrafo el perito advertía que su situación laboral le obligaba a continuos desplazamientos por el extranjero, lo que dificultaría la eventual continuidad de su intervención en el procedimiento. Por providencia de 18.11.09, se unieron a los autos las aclaraciones remitidas por el perito judicial, y transcurrido el periodo probatorio se requirió a la parte demandante para la presentación del escrito de conclusiones. Mediante escrito presentado el 4.12.09, la actora solicitó, tras alegaciones, "requerir al perito judicial para que finalice y complete su informe con la valoración de las unidades de obra que superan el 10% de la medición de aquellas otras nuevas que no figuran en el Proyecto",

con suspensión del plazo conferido para formular conclusiones. Tal solicitud fue aceptada por providencia de 19.1.10, no pudiéndose localizar al perito tras varios intentos infructuosos que constan en las actuaciones, dictándose a continuación la providencia de 4.5.10 recurrida en súplica por "J. Quijano, S.A." (en la misma se manifiesta la imposibilidad de localizar al perito para que realice la segunda ampliación de su informe solicitada por la actora en su escrito de conclusiones y se ordena la continuación de la tramitación procesal).

Procede confirmar la providencia impugnada, por cuanto que, según lo expuesto, la cuestión de la "valoración de las unidades de obra que superan el 10% de la medición y aquellas otras nuevas que no figuran en el Proyecto", si bien no parece figurar cumplimentada en el original informe pericial, sin embargo no fue reiterada oportunamente de modo expreso e inequívoco por la recurrente con ocasión del trámite de solicitud de aclaraciones al perito sobre su informe inicial, lo que sí se hace así, pero ya extemporáneamente, en una segunda solicitud con motivo del trámite de conclusiones procesales y cuando ya había transcurrido con exceso el periodo probatorio. Acceder a lo ahora pretendido por la recurrente supondría, además de dilatar inútilmente la tramitación procesal dada la actual ilocalización del perito ya anunciada por él mismo en base a razones laborales, dejar en manos de la actora la facultad de cuestionar permanentemente el contenido del informe pericial, cuando ya dispuso de la oportunidad de solicitar aclaraciones sobre el mismo y las planteadas fueron contestadas por el perito, correspondiendo a este Tribunal enjuiciar la incidencia y los efectos de los resultantes informes con relación al asunto litigioso. Estas mismas razones justifican, desestimar, por excesiva y desproporcionada, la búsqueda policial o tributaria del perito judicial, que solicita la recurrente en súplica, sin que quepa, al haber precluido el periodo probatorio, la práctica de una nueva prueba pericial, lo que también se insta en el recurso de súplica». Finalmente, desestima íntegramente el recurso planteado en base a los siguientes razonamientos, contenidos en su fundamento de derecho cuarto: <(…) CUARTO.- En atención a lo expuesto no se deduce de modo fehaciente e inequívoco una justificación objetiva de las pretensiones actoras. En definitiva, lo que la recurrente demanda es la resolución del contrato de referencia, con recuperación de la fianza contractual y percepción indemnizatoria por daños y perjuicios, sobre la supuesta base de que las obras hubieron de paralizarse como consecuencia de una serie de incidencias - "falta de definición e instalación de las unidades de climatización", y "existencia de unidades de obra que superaban el 10% de la medición y de unidades de obras nuevas que no figuraban en el Proyecto" - que, a juicio de la contratista, precisaban ser corregidas mediante la tramitación de un modificado del proyecto inicial, que no fue atendido por la Administración pese a reiteradas solicitudes al respecto. Sin embargo, resulta que la contratista aceptó la ejecución de ese proyecto inicial sin oponer entonces objeción alguna con relación a la "definición e instalación de las unidades de climatización", que según manifiesta en su demanda "carece de anejo de cálculos de climatización y la realización de la instalación sin haberse solicitado la oportuna supervisión de la casa de control contratada por no disponerse de la memoria ni del cálculo del Proyecto contratado", de manera que deviene contradictorio aceptar la ejecución de unas instalaciones de climatización que por las previsiones de su proyecto inicial - repetimos, aceptado por la contratista- supuestamente no podían llevarse a cabo.

Sobre tal cuestión, el perito judicial –cuyo informe entiende esta Sala que cumplimenta lo oportunamente solicitado por la actora según lo razonado en el Auto

antes transcrito- ha dictaminado que en el proyecto ya se consideraban unos equipos de climatización supuestamente basados en un cálculo considerado por el redactor del mismo, y que de seguir sus especificaciones e indicaciones era indistinta la existencia o no de bases de cálculo, debiéndose aportar nuevos cálculos, por cuenta del interesado, en el caso de cambio de los equipos de climatización inicialmente previstos, y manifestando que a la fecha de su visita a las obras el 5.05.09, ha podido comprobar que los equipos y unidades de climatización instalados no son los previstos en el proyecto. Ahora bien, con relación a los equipos y unidades de climatización existentes a la fecha de 5.05.09, de la visita del perito judicial, así como respecto de la existencia de unidades de obra que superaban el 10% de la medición y de unidades de obras nuevas que no figuraban en el Proyecto, es de advertir que como el mismo perito manifiesta, la posterior intervención en las obras de otra empresa ("Volconsa") le impide determinar si "J. Quijano, S.A." ejecutó las referidas unidades de obra existentes o si fueron llevadas a cabo por esa entidad, no pudiendo atribuirles diferenciadamente a una u otra empresa, además de que por el ocultamiento de algunas partidas no es posible su actual determinación. El perito manifiesta asimismo, que sin las unidades de obra en cuestión no era posible la ejecución del proyecto inicial, pero al igual que lo apreciado con relación a los equipos de climatización, deviene contradictorio aceptar la ejecución de unas obras que por sus unidades previstas en el proyecto -repetimos, aceptado por la contratista- supuestamente no podían llevarse a cabo, requiriéndose más unidades y otras nuevas no incluidas originalmente. Pero es que además resulta que con fecha 19.10.04, ya se suscribió entre la Subdirectora General de Contratación y Gestión Patrimonial de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura, del Ministerio de Cultura, y "J. Quijano, S.A." una modificación del contrato inicial de 18.3.03, de las obras de "Restauración, Rehabilitación y Acondicionamiento para uso museístico de la Casa de los Águilas de Ávila", y verificada la posterior intervención de otra empresa en la ejecución de las obras, no consta que para la misma se hubiera aprobado otra modificación del contrato ya modificado que, según se manifiesta en la demanda, la hoy recurrente no pudo finalizar por supuestos defectos y carencias de ese proyecto, pese a que aceptó su ejecución. Tampoco se acredita que por la Dirección Facultativa de las obras se avalaran las objeciones y paralizaciones propuestas por la contratista inicial, sino que, por el contrario, figura en el expediente administrativo una propuesta de 21.4.06, de la Subdirectora General de Contratación y Gestión Patrimonial, sobre denegación de la solicitud de "J. Quijano, S.A." para la resolución del contrato de obras, que remite a un informe de 21.3.06, de la Dirección Facultativa que se manifiesta en contra de "la solicitud de la empresa de paralización temporal de las obras y tramitación del oportuno reformado, debido a la situación creada por la instalación de la climatización como a la presencia de unidades de obra que superan el 10% de medición y a otras nuevas no previstas en proyecto", considerando sustancialmente la Dirección Facultativa que "las obras pueden realizarse con normalidad conforme al proyecto, no siendo preciso paralizarlas por indefinición de unidades a ejecutar, como argumenta la empresa, porque en el proyecto vigente se encuentran descritas y son factibles de ejecutar", desarrollando argumentos contrarios a los esgrimidos por la empresa. En la propuesta de resolución de 21.4.06, se contienen, entre otras, las siguientes consideraciones: "- La empresa manifiesta que los excesos de medición superan el 10% y que existen unidades nuevas; por el contrario la Dirección Facultativa opina que los excesos de medición habidos hasta la fecha no superan el 5%, no existiendo partidas de nueva ejecución autorizadas expresamente por la Dirección, y de haberse realizado

alguna debe considerarse como efectuada a riesgo y ventura del contratista. - La empresa manifiesta que la instalación de climatización y electricidad se está llevando a cabo sin supervisión de la casa de control contratada por no disponerse de la memoria ni del cálculo del proyecto contratado y que el proyecto carece de anejo de cálculos de climatización lo que impide valorar la similitud de los climatizadores instalados comparando las especificaciones de los mismos facilitadas por el instalador y las contenidas en el proyecto, al objeto de verificar la adaptación de las instalaciones y su correspondiente supervisión por el organismo de control de calidad antes de su ejecución. La Dirección Facultativa por el contrario indica que no solo se está llevando a cabo dicho control sino que se aporta copia del informe emitido por la empresa de control de calidad Socotec, así como informe del arquitecto autor del proyecto en el que pone de manifiesto la no validez de los climatizadores colocados por la empresa por no ajustarse a los definidos en el proyecto. Igualmente manifiesta que la instalación de climatizadores está total y detalladamente descrita en proyecto y que el cálculo de instalaciones solicitados por la empresa no es un documento que impida la realización de los trabajos, definidos en planos, mediciones, presupuesto e instrucciones que facilite la dirección y la asesora del control de calidad. - En los escritos de la empresa se señala que las anteriores circunstancias expuestas en los párrafos anteriores constituyen graves irregularidades en las obras que les está ocasionado cuantiosos gastos que cifra en 447.427,86 €. Por su parte la Dirección Facultativa manifiesta que las obras sin estar paralizadas están ralentizadas por la empresa sin motivo alguno que lo justifique, con escaso personal, extremo que ha sido comunicado a la empresa reiteradamente. Prueba de dicha ralentización es, en opinión de la Dirección Facultativa, la reclamación de abono de certificación de obra presentada por la empresa en el mes de Diciembre, que asciende a 544.278,91 €, que tras las pertinentes comprobaciones en obra quedó en 0 €,

Según escrito del Subdirector General de Obras, remitido a la empresa el 6.3.06, la Dirección Facultativa, conforme a las prescripciones de la Ley de Contratos y el Pliego, ha seguido realizando mediciones mensuales y los resultados indican que desde el mes de Mayo de 2005 hasta Enero de 2006, no se ha ejecutado obra. Como se indica en dicho escrito, si J. Quijano discrepa de tales mediciones y certificaciones efectuadas por la Dirección Facultativa, deberá presentar las justificaciones pertinentes que serán analizadas e informadas y posteriormente, si se detectara algún error, corregidas". En conclusión, no solo las bases fácticas de las pretensiones articuladas en el presente recurso no vienen avaladas expresa e inequívocamente por la prueba pericial judicial practicada, sino que resultan frontalmente contradichas por la Dirección Facultativa de las obras, que imputa a la contratista la ralentización y paralización de la ejecución de las mismas, por lo cual no concurre ninguna de las causas legales determinantes de la resolución del contrato por incumplimiento atribuible a la Administración, remitiéndose este Tribunal a las consideraciones jurídicas del informe de 23 de Octubre de 2.006, de la Abogacía del Estado del Ministerio de Cultura obrante en el expediente administrativo, y debiendo decaer asimismo, en consecuencia, las reclamaciones actoras sobre recuperación de la fianza contractual y percepción indemnizatoria de daños y perjuicios. (...)».

Aduce la recurrente en el desarrollo argumental quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, causante de indefensión, la privación por la Sentencia impugnada de su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Concluye que

lo expuesto ha de conllevar la casación de la Sentencia recurrida con retroacción de las actuaciones a la fase de prueba para que se lleve a efecto la ampliación de la prueba pericial admitida, cuya falta de práctica no se debió a causas imputables al recurrente, y que considera susceptible de alterar el fallo de la Sentencia pues, de haberse practicado, se hubiera completado la acreditación de la existencia de unidades de obra que excedían del 10% de la medición y de unidades de obra nuevas no previstas en el Proyecto por ella ejecutadas, cuyo abono solicitaba entre los daños y perjuicios reclamados en el apartado c) Del suplico de la demanda, estimados en 1.209.627,29 €. La mercantil actual recurrente en casación solicitó el recibimiento a prueba del recurso (primer otrosí digo de su escrito de demanda), estableciendo los siguientes puntos de hecho sobre los que habría de versar aquélla: « a. Existencia de defecto del Proyecto -que carece de anejo de cálculos de climatización- e impide valorar la similitud de los climatizadores instalados comparando las especificaciones de los mismos facilitadas por el instalador y las contenidas en el Proyecto, al objeto de verificar la adaptación de las instalaciones al edificio y la adecuada supervisión de la climatización por el organismo de control de calidad antes de su ejecución. b. Si "J. QUIJANO, S.A." ha procedido a la instalación de las unidades de climatización en la forma y con las condiciones establecidas en el Proyecto, con independencia de los defectos del mismo. c. Existencia de unidades de obra que superan el 10% de la medición y de unidades de obra nuevas que no figuran en el Proyecto, generando un conjunto de irregularidades en la ejecución de las obras que precisan de ser corregidas a través de la paralización temporal de las obras y la tramitación del oportuno Modificado. d. Si "J. QUIJANO, S.A." ha procedido a ejecutar las referidas unidades de obra y tiene derecho a la certificación y cobro de las mismas. e. Si relacionando la prueba obtenida en los apartados b) y c) puede afirmarse que el Proyecto de Ejecución era perfectamente ejecutable. f. El transcurso de los plazos legales sin que la Administración recurrida haya adoptado las medidas necesarias para solventar las irregularidades en la ejecución de la obra contratada por causas ajenas a "J. QUIJANO, S.A." a pesar de los reiterados requerimientos efectuados por mi representada desde Julio de 2005, hasta la actualidad. g. Inexistencia de paralización de las obras. Si los trabajos se han realizado continuamente sin abandono de la obra por el contratista o simplemente se han dejado de ejecutar las unidades de obra con exceso de medición del 10%, las no contempladas en el Proyecto, así como las unidades de obra con falta de definición proyectual (climatización entre otras)». En el segundo otrosí solicitaba la designación de Perito Judicial que emitiera informe sobre los puntos de hecho que acaban de transcribirse y, en relación con el apartado c), Relacionaba las unidades incluidas en el Proyecto Modificado cuyas mediciones superan en más del 10% lo reflejado en presupuestos y aquellas otras realizadas o en ejecución no previstas en el citado Proyecto, diferenciando las correspondientes al edificio principal (palacio) y al de almacén y talleres. 2) Acordado el recibimiento a prueba del recurso por la Sala de instancia, la mercantil ahora recurrente, mediante escrito de fecha 21 de Noviembre de 2007, en el que reprodujo literalmente el primer otrosí digo de su escrito de demanda, propuso las que estimó convenientes a su derecho, entre ellas la designación judicial de Perito, Arquitecto Técnico (en idénticos términos a los consignados en el segundo otrosí digo del escrito de demanda). 3) El perito judicial, Arquitecto Técnico, don Plácido, presentó su informe en fecha 18 de Junio de 2009, con el contenido que aparece literalmente transcrito en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia impugnada. 4) La Sala de instancia por providencia de fecha 22 de Junio de 2009, dispuso unir el informe pericial y señaló el día 13 de Julio de 2009, para su ratificación, citando a dicho

acto a las partes a las que hizo saber «(...) que en el caso de que deseen formular aclaraciones al Perito deberán traerlas por escrito para agilizar el acto». 5) Por providencia de fecha 6 de Julio de 2009, se suspendió, a petición y por imposibilidad de la parte recurrente, el acto de ratificación inicialmente previsto, señalándose de nuevo para el día 5 de Octubre de 2009. 6) Pese a la suspensión, el Perito Judicial, compareció ante el Tribunal en fecha 13 de Julio de 2009, ratificó su informe y, ante las dificultades para comparecer el día señalado (el 5 de Octubre), solicitó que las partes presentaran por escrito las aclaraciones que desearan formularle y se le concediera la posibilidad de contestar por ese mismo cauce, acordándose así por providencia de esa misma fecha (13 de Julio). 7) La recurrente en el proceso de instancia, con fecha 29 de Julio de 2009, evacuó el traslado conferido por la anterior providencia, al que acompañó escrito con el interrogatorio al que deseaba someter al perito judicial que, a los efectos que ahora interesa, contenía las siguientes preguntas: «(...) Decimoprimer.- ¿Considera Ud. que todas las partidas ejecutadas por "J. QUIJANO" que superan el 10% de la medición y aquellas otras que, asimismo, se han ejecutado y que no estaban previstas en el Proyecto, se deben certificar y cobrar? Decimosegunda.- Con respecto a las unidades de obra nuevas que no estaban previstas en el Proyecto y que a continuación se especifican: Examinado el Informe pericial, se observa que Ud. no se ha pronunciado sobre la solicitud de ejecución y medición de las referidas unidades de obra no previstas en el Proyecto, así como, en su caso, el derecho de mi representada a la certificación y cobro de las mismas. Esta petición era esencial para "J. QUIJANO" y fue admitida por la Sala. En consecuencia, le solicitamos a este respecto las siguientes aclaraciones: a. De la relación contenida en los apartados A) y B) anteriores, ¿puede Ud. especificar qué partidas le resultan de imposible comprobación por estar ocultas? b. De la relación contenida en los apartados A) y B) anteriores, ¿puede Ud. especificar qué partidas por no encontrarse ocultas puede determinar que han sido ejecutadas por "J. QUIJANO"? ¿Puede dimensionarlas? c. Con respecto a las partidas que le resultan ocultas, ¿podría determinar su existencia de alguna de las siguientes formas: a) mediante la comprobación de los Planos de la obra; b) con la comparativa de los contratos de ejecución de obra y certificaciones de "VOLCONSA"; c) con la realización de calas. De no poder determinarse las partidas ocultas de ninguna de las formas especificadas en el apartado anterior ¿puede Ud. especificar alguna otra? d. De considerar Ud. que existe alguna forma de poder determinarse las partidas ocultas. ¿Podrían dimensionarse? (...)». 8) El Perito evacuó el interrogatorio en informe.

Sobre el concreto motivo de casación aquí examinado, esta Sala tiene declarado [por todas, Sentencias de 1 de Diciembre de 2011 -R.C. nº 123/2009- F.D. 2º-, y las que en ella se citan; 19 de Julio de 2011 -R.C. nº 3210/2009- F.D. 3º-; y 11 de Octubre de 2005 -R.C. nº 1580/2003 - F.D. 5º-;] lo siguiente: « (...) Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 37/2000, de 14 de Febrero , 19/2001, de 29 de Enero y 133/2003, de 30 de Junio) que la inescindible conexión del derecho a la tutela judicial efectiva, Art. 24 CE , con el derecho de defensa, afirmar que "el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso". Derecho no absoluto que, por tanto, no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas

legales (SSTC 1/1996, de 15de Enero, 246/2000, de 16 de Octubre). Por ello no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa. Criterios los anteriores que conducen a que el máximo intérprete constitucional (por todas la STC 99/2004, de 27 de Mayo con una amplia cita de otras anteriores), insista en que el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa resulta condicionado por su carácter de garantía constitucional de índole procedimental, lo que exige que para apreciar su vulneración quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, que se traduce en la necesidad de argumentar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente. Vemos, pues, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de Enero, 133/2003, de 30 de Junio) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial. Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16de Noviembre, 219/1998, de 27 de Enero y 133/2003, de 30 de Junio). Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada comporta, además, que se muestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y no practicadas así como argumentar la incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones que hubiera tenido la admisión y práctica de la prueba (SSTC 246/200, 16 de Octubre, 133/2003, de 30 de Junio).» Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que ahora nos ocupa, aunque la parte recurrente tiene razón cuando denuncia la modificación por la Sala de instancia, por providencia de fecha 25 de Mayo de 2010, del pronunciamiento inicialmente acordado en la providencia de 19 de Enero de 2010, en materia de ampliación/ complemento del informe pericial, ello no conduce a la estimación del motivo por las razones que pasamos a exponer. En primer lugar porque no nos encontramos propiamente ante la denegación de una prueba previamente admitida, pues, según se desprende de los antecedentes consignados en el precedente fundamento, la prueba pericial judicial propuesta por la parte recurrente fue admitida y practicada sobre cada uno de los puntos de hecho fijados por aquélla en sus escritos de demanda y proposición de prueba, entre los que no se encontraba expresamente recogida la valoración, cuya ausencia actualmente denuncia. Igualmente, según lo dispuesto en el Art. 60.6 de la L.J.C.A., en relación con los Arts. 346 y 347 de la L.E.C., fue ratificado, y si bien este acto no se desarrolló en la forma oral y con la inmediatez que resulta de tales preceptos, la recurrente no opuso objeción alguna al trámite escrito acordado por la providencia de la Sala de fecha 13 de Julio de 2009, ni posteriormente, en su escrito de fecha 29 de Julio de 2009, solicitó expresamente la valoración de las unidades de obra ya referida, ni al Tribunal la concesión del plazo para solicitar aclaraciones al dictamen emitido contemplado en el Art. 60.6 de la L.J.C.A. En segundo lugar, porque la recurrente no argumenta que la actividad probatoria, cuya falta de práctica denuncia, fuera decisiva en términos de la resolución del pleito, esto es susceptible de alterar el fallo a su favor. En este sentido carece por completo de aptitud la manifestación vertida al término del motivo acerca de «(...) que de haberse practicado la ampliación del prueba pericial (...) se hubiera completado la acreditación de la existencia de unidades de obra que excedían del 10% de la medición y de unidades de obra nuevas no previstas en el Proyecto ejecutadas todas ellas por "J. QUIJANO" y

reconocidas por el Perito Judicial en su informe inicial, con la valoración de dichas unidades cuyo abono reclamaba (...) entre los daños y perjuicios reclamados en el apartado c) del suplico de la demanda que mi representada estimó, a fecha 13 de Marzo de 2007, en 1.209.627,29 € , pues tal manifestación ignora por completo la razón de decidir de la Sentencia sobre el particular, que viene constituida, no por la negación de su posible existencia, sino por la imposibilidad, atendido el resultado de la prueba practicada, de su determinación -por encontrarse ocultas- y de concreción de su autoría -al haber intervenido con posterioridad a la actual recurrente otra empresa (Volconsa), que continuó la ejecución de la obra- y, en consecuencia, de apreciar el incumplimiento por la Administración de las obligaciones esenciales del contrato de obra, en que la recurrente fundamenta la pretensión principal de su demanda (la de resolución). Por ello, la ampliación aquí controvertida del informe pericial, con independencia de que, como afirma la Sala de instancia y ya hemos referido, la recurrente no solicitó expresamente, en el momento oportuno para ello, que aquél se pronunciara sobre la tantas veces referida valoración, ningún efecto habría producido en la resolución de la litis, pues afirmado, sin margen alguno de duda, por el perito judicial la imposibilidad del dimensionado real de las partidas, aun cuando aquél manifestara, en la ratificación, la posibilidad de usar la documentación del proyecto, los contratos y certificaciones de J. Quijano y Volconsa para obtener un valor aproximado de las mismas, dicha prueba, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso habría contribuido al esclarecimiento de los hechos controvertidos (Art. 283.2 L.E.C). Resta añadir, por último, como consecuencia de todo lo expuesto, que no podemos apreciar que la denegación de la ampliación del informe pericial acordada por la providencia de fecha 25 de Mayo de 2010, confirmada en el Auto de 6 de Septiembre siguiente y refrendada en la Sentencia ahora impugnada, fuera, en los términos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional ya expuestos, inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable y tampoco imputable al órgano judicial, atendidas las anómalas circunstancias concurrentes que determinaron la actuación denunciada.

En el segundo sub motivo del motivo primero, denuncia la recurrente la infracción por la Sentencia impugnada de los Arts. 218 de la L.E.C., y 24 y 120.3 de la C.E., por incongruencia emisiva. Explica que la Sentencia, como consecuencia de la falta de práctica de la ampliación de la prueba pericial antes referida, en relación con la apreciación arbitraria, irracional e ilógica de la prueba que efectúa, no se pronuncia ni considera todos los argumentos impugnativos vertidos en el proceso, causándole indefensión. Con abundante cita de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta propia Sala sobre el deber de motivación y congruencia de las Sentencias, concluye que debe estimarse el primer motivo de casación formulado y casarse la Sentencia, debiendo esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 95.2.c) de la L.J.C.A., asumiendo las funciones jurisdiccionales de Sala de instancia, resolver sobre todos y cada uno de los motivos de impugnación, con consideración de todos los medios de prueba obrantes en autos articulados y aportados por él junto con su escrito de demanda y, en especial, la retroacción de las actuaciones al momento procesal de práctica de la ampliación de la prueba pericial solicitada y admitida mediante providencia firme de 19 de Enero de 2010. El motivo, como vemos, viene a ser continuación y corolario del examinado en primer lugar, razón por la que, desestimado aquél, éste ha de correr la misma suerte. En primer lugar, porque la recurrente no

precisa, en el desarrollo argumental del motivo, en modo alguno, cuáles son los argumentos sobre los que la Sentencia ha dejado de pronunciarse, lo cual constituye razón suficiente para su rechazo. En cualquier caso, a mayor abundamiento, porque en el caso actualmente sometido a nuestra decisión, la recurrente pretendía en el proceso de instancia, previa declaración de nulidad de la resolución desestimatoria presunta de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Cultura de la solicitud - fechada el 26 de Diciembre de 2005- de resolución del contrato de obra denominada "Restauración, Rehabilitación y Acondicionamiento para uso museístico de la Casa de los Águilas de Ávila", suscrito el 18 de Marzo de 2003, y posteriormente modificado el 19 de Octubre de 2004, que se condenara a la Administración a declarar resuelto el contrato, con devolución de las garantías y fianzas depositadas y a abonarle la indemnización por los daños y perjuicios causados. La pretensión de resolución del contrato ejercitada con carácter principal se fundaba, con cita de los Arts. 111, apartados g) e i); 112 y 113.4 del T.R.L.C.A.P., por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y 109 de su Reglamento, en el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones esenciales del contrato y ello, en cuanto el Proyecto adolecía en el aspecto relativo a la instalación de la climatización, según la recurrente, de defectos que impedían su ejecución y la Administración se negaba a tramitar el oportuno modificado del Proyecto, pese a haberse ejecutado unidades de obra que superan el 10% de la medición y otras nuevas no previstas en aquél. La Sentencia desestima el recurso, al considerar que no concurre ninguna de las causas legales determinantes de la resolución del contrato, pues los aspectos que a juicio de la recurrente determinaban el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones, no sólo no resultaban avalados expresa e inequívocamente por la prueba pericial, sino contradichos frontalmente por la Dirección Facultativa de las obras. Ello nos permite afirmar que la Sentencia impugnada responde congruentemente a las pretensiones deducidas por la recurrente, si bien no en el sentido deseado por aquélla, lo que no es constitutivo del vicio de incongruencia emisiva que analizamos, constituyendo jurisprudencia reiterada de esta Sala [por todas, Sentencia de 14 de Octubre de 2011 -R.C. nº 5380 / 2009- F.D. 6º- y las que en ella se citan] la relativa a la innecesariedad, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, de «(...) una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales» (STC 44/2008 , cit., FJ 2).(...)».

El segundo motivo, fundado en el Art. 88.1.d de la L.J.C.A., denuncia que la Sentencia impugnada, en concreto, el último párrafo del fundamento de derecho cuarto, que afirma que "las bases fácticas de las pretensiones articuladas en el presente recurso no vienen avaladas por la prueba pericial practicada" , incurre en una apreciación ilógica o arbitraria de la prueba, que ha dado lugar a una infracción de las normas reguladoras de la Sentencia, a cuyo efecto cita la Sentencia de esta Sala de 16 de Marzo de 2010, (Recurso nº 5548/2006) y el Auto de 10 de Junio de 2010 (R.C. nº 17/2010) e invoca expresamente la infracción de los Arts. 60 y 61 de la L.J.C.A., y 216 a 218; 281; 282 y 386 de la L.E.C., y 24.2 y 120.3 de la C.E. Afirma que tal pronunciamiento resulta sorpresivo y contradictorio con el propio relato de la prueba pericial practicada, que se realiza en el fundamento segundo de dicha Sentencia, que transcribe

parcialmente y que, según su parecer, avala expresa e inequívocamente las "bases fácticas" del recurso contencioso administrativo. Insiste a continuación en la negación injustificada de la práctica de una prueba pericial admitida, debidamente denunciada, y sostiene que la violación por la Sentencia impugnada de los preceptos invocados se expresa en los reiterados parámetros jurisprudenciales del derecho a utilizar toda la prueba necesaria en juicio, lo que supone en su aplicación al recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia, objeto de revisión casacional, las siguientes dos cuestiones: a) La certeza de un procedimiento con todas las garantías, siendo la principal de ellas la seguridad jurídica de que las resoluciones judiciales firmes de admisión probatoria van a llevarse a efecto. b) Como corolario de la prueba desplegada en el recurso, que la interpretación de la misma se va a realizar con un mínimo de coherencia y respeto, en este caso, a los pronunciamientos literales de un dictamen pericial. Manifiesta en este sentido que la lectura de la literalidad de las respuestas del perito judicial reflejadas en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia impugnada es la constatación de que dicho informe pericial refrenda lo por ella denunciado; esto es, que la Administración recurrida se ha negado ostensiblemente a tramitar un Proyecto Modificado ante la existencia de unidades de obra que exceden del 10% de la medición y de otras nuevas no previstas en el proyecto, y que, por extensión, este incumplimiento esencial de la Administración amparaba la resolución contractual pretendida por el contratista. En consecuencia concluye que debe estimarse el segundo motivo de casación formulado y casarse en este extremo la Sentencia, debiendo esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 95.2.c) de la L.J.C.A., asumiendo las funciones jurisdiccionales de Sala de instancia, resolver sobre todos y cada uno de los motivos de impugnación, con consideración de todos los medios de prueba obrantes en autos por él articulados y aportados. El motivo ha de ser también desestimado. Según hemos referido en los precedentes fundamentos quinto y sexto, la Sentencia rechaza el recurso interpuesto por la actual recurrente, al considerar que no concurre ninguna de las causas legales determinantes de la resolución del contrato invocadas por aquélla, pues los hechos que a juicio de J. QUIJANO, S.L. determinaban el incumplimiento de la Administración de las obligaciones esenciales del contrato (los defectos del Proyecto en materia de instalación de la climatización, que impedían su ejecución y la negativa de la Administración a tramitar el oportuno modificado del Proyecto, pese a haberse ejecutado unidades de obra que superan el 10% de la medición y otras nuevas no previstas en aquél) no sólo no resultaban avalados expresa e inequívocamente por la prueba pericial, sino contradichos frontalmente por la Dirección Facultativa de las obras. Según hemos afirmado en nuestra Sentencia de fecha 15 de Junio de 2011, -R.C. nº 2661/2008 - F.D. 6º- « (...) La valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica implica el que dicha valoración no esté sometida a un régimen de prueba tasada. Y de igual manera impide que el órgano jurisdiccional asuma el informe del perito con un automatismo tal que prescinda de cualquier reflexión o crítica sobre su contenido. En la medida en que la valoración de la prueba sirve a la propia motivación de la Sentencia al exponer las razones que llevan a tomar la decisión que finalmente se adoptará, deberán analizarse en dicha valoración - y expresarse, en consecuencia- los elementos considerados para la emisión del informe ponderando tanto la cualificación profesional o técnica de los peritos; las categorías, cantidad o calidad de los datos recabados, así como la conexión de los mismos con el objeto del proceso, y, finalmente, la viabilidad de las conclusiones alcanzadas a partir de tales datos. (...)». Comprobado que la Sala de instancia plasma en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia

impugnada los razonamientos por los que rechaza la existencia de los excesos en las unidades de obra que, a juicio del recurrente, imponían la tramitación del oportuno modificado (único aspecto al que se contrae el actual motivo), y que aquellos son el resultado de la apreciación conjunta de la prueba practicada en las actuaciones, y no sólo del informe emitido por el perito judicial, único al que se refiere el actual recurrente, procede, conforme antes se anunció, la desestimación del motivo, pues la Sentencia no incurre en una apreciación ilógica, irracional o arbitraria de dicho informe, cuyas afirmaciones en el particular discutido desvirtúa por el resultado de las restantes pruebas que detalladamente refiere, siendo cuestión distinta la conformidad o no de la recurrente con la convicción alcanzada a partir de la valoración de los elementos probatorios. La conclusión expuesta no resulta en absoluto desvirtuada por la Sentencia de 16 de Marzo de 2010, (R.C. nº 5548/2006) y el auto de 10 de Junio de 2010, (R.C. nº 17/2010) citados por el recurrente, pues, además de carecer de cualquier crítica acerca de cómo resultan vulnerados por la Sentencia impugnada, en relación con el caso actualmente sometido a decisión se refieren únicamente a la necesidad de fundar la apreciación ilógica o irracional de la prueba en el motivo previsto en el Art. 88.1.d de la L.J.C.A., circunstancia que aquí no resulta discutida.

En un caso de 1995²¹⁵, aclara el T.S. que la Administración demandada alega que si, a tenor del Art.161 del Reglamento de Contratación, no se ejercita la acción de resolución habrá que entender que el proyecto modificado es aceptado. Esta argumentación implica que el proyecto modificado redactado ha cumplido toda la tramitación legal y ha recibido la pertinente aprobación jurídica. La Sentencia recurrida,

²¹⁵ Ver S.T.S. de 8 de Noviembre de 1995, Ar.8070, Recurso núm. 3500/1991, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero. Se impugna por la Junta de Andalucía la Sentencia de 11 Febrero 1991, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Málaga, del T.S.J. de Andalucía y por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante declarando haber lugar a la resolución del contrato de obras celebrado entre la Administración y el recurrente (recurso contra resolución de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Junta de Andalucía, sobre contrato para la construcción de viviendas) para la construcción de 39 viviendas, por alteración del proyecto en más de un 20% y por suspensión de las obras, ordenándose la apertura de expediente para la cuantificación de la indemnización que le corresponda al recurrente, que se fijará en ejecución de Sentencia así como los intereses de financiación hasta el pago. La Sala de instancia hace constar en su fundamento segundo: «Que en 12 de Enero de 1984, se adjudicó a la recurrente el contrato citado en el anterior fundamento, en el que al verificar el replanteo en 16 Septiembre 1983, por concurrir razones de urgencia, se acordó suspender las obras, cuyo acuerdo de suspensión se levantó por acta de 9 Abril 1989; levantada la suspensión de las obras por dicha acta en 30 mayo 1984, se interpuso interdicto de recobrar la posesión que afectaba a la parcela donde se proyectaba construir 25 de las 39 viviendas, que fue estimado en primera instancia, y cuya Sentencia no fue recurrida por la Administración, pero sí por la entidad recurrente, en este contencioso, y como consecuencia de su recurso se revocó la Sentencia de instancia por la Sentencia de la Audiencia Provincial de 30 Junio 1988; pero ya en 28 de mayo de 1985, según aparece en escrito del Jefe de Obras y Servicios dirigido al Delegado Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Territorio de Málaga, se autorizó la modificación del proyecto de construcción de las 39 viviendas, reduciendo el número de éstas de 39 a 14, autorizando recabar de la Arquitecta Directora de las obras la elaboración de un proyecto modificado que comprenda dicha reducción de viviendas, así como las nuevas precise introducir, y cuyos precios, contradictorios, según se dice en dicho escrito, se relacionaban en hoja adjunta; siendo éstos, según está probado en los autos, fijados de acuerdo por las partes, pero no en 30 de Junio de 1986, como dice la resolución recurrida en el apartado séptimo, sino en 30 de Junio de 1985 como dice el recurrente, y ello, porque de no ser así, no podrían acompañarse al escrito antes referido, dirigido al Delegado Provincial, que tiene de fecha 28 de mayo de 1985, en que habla de ello, aunque el acta de formalización fuere de 30 de Junio de 1985». Tales hechos no han sido rebatidos, ni discutidos en el trámite de apelación.

refiriéndose al proyecto modificado afirma en el segundo fundamento jurídico: «... no consta ni siquiera que fuere aprobado en forma por la propia Administración, pues lo único que consta es la aprobación técnica de 14 Noviembre 1985, y que no se fiscalizó en 18 de Septiembre de 1986, pero no la aprobación definitiva...». La demandante no cuestiona, en el escrito de alegaciones evacuado en el trámite pertinente de esta apelación, la necesidad de la afirmación transcrita. Ello comporta, necesariamente, que jurídicamente el «proyecto modificado», no ha nacido a la vida jurídica al no haberse producido, respecto a él, los actos jurídicos previos necesarios. La conclusión precedente obliga a desestimar el motivo de impugnación analizado, pues si «el proyecto modificado» es inexistente jurídicamente mal puede sostenerse que no se ha ejercitado acción de resolución contra él y que hay que entenderlo aceptado. Del razonamiento anterior se deduce que tampoco es aceptable la alegación de la Junta de Andalucía que pretende que el contratista quedó obligado a la ejecución del «proyecto modificado», después de haber insertado su firma en el Acta de precios, pues tal consentimiento del contratista pierde toda su relevancia si el «proyecto modificado» no llega a nacer, que es lo que ha ocurrido en el supuesto analizado, según hemos razonado anteriormente.

Si se prueba en el caso Benso²¹⁶ donde el Supremo apunta²¹⁷ que resulta demostrado, en lo demás, que las modificaciones han superado el límite del 20% del coste del

²¹⁶Ver S.T.S. de 27 de Octubre de 1997, Ar.7632, Nº de Recurso: 1198/1992, Ponente: D.JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

²¹⁷ En la Sentencia apelada se dice en cuanto al acuerdo impugnado adoptado por la Comisión de Gobierno de la Corporación Provincial de Tarragona el 24 de Febrero de 1.989, que, “es menester acudir nuevamente a los informes y dictámenes periciales obrantes en autos al ser necesarios conocimientos técnicos especializados para determinar si el incremento del coste de las obras en el proyecto modificado elaborado por la Administración excede o no del 20 por ciento del coste del proyecto originario. También en este punto los dictámenes emitidos por el perito procesal, el arquitecto D. Guillermo , designado por insaculación, son claros y determinantes, ya que tras proceder a analizar en el dictamen originario y sus ampliaciones las diversas partidas y precios contenidos en el proyecto modificado elaborado por la Administración y ponerlos en relación con las del proyecto originario que sirvió de base a la adjudicación de la contrata de obras, llega a la conclusión de que “la suma de los incrementos ciertos totalizan la cantidad de 29.730.875 ptas., que representan un porcentaje, frente al total proyecto reformado o modificado, de un 19’23% y que “la suma de los incrementos ciertos y los máximos posibles totalizan la cantidad de 38.031.174 ptas., que representan un porcentaje frente al total proyecto reformado o modificado, de un 24’59% (extremo XVIII, ampliado). Procede, pues, dar lugar a la demanda en cuanto a la deducida pretensión resolutoria del contrato de obras que ligaba a Benso S.A. con la Diputación Provincial de Tarragona, y, en consecuencia, dar también lugar a la pretensión de devolución de la fianza que, por importe de 6.970.033 ptas., en su día constituyó la dicha empresa como adjudicataria de las obras. Pero sin que, por el contrario, proceda dar lugar a la pretensión de Benso,S.A. de que le sean abonados como daños y perjuicios causados, el equivalente al beneficio industrial dejado de obtener como consecuencia de la resolución contractual; en efecto, la Administración demandada al modificar unilateralmente el contrato de obras que la ligaba con Benso,S.A. no hizo sino ejercitar aquella “potestas variandi” que el ordenamiento jurídico le atribuye (Arts. 18 y 48 de la L.C.E. y 54 del Reglamento General de Contratación) ilimitadamente, en aras del interés general, configurado siempre como prevalente; y si la empresa ha ejercitado el derecho de resolución que la norma asimismo le otorga (Art. 157 R.G.C.), por comportar la modificación del proyecto una alteración del precio contractual de más de 20 por 100, tal resolución contractual no le otorga derecho alguno a ser indemnizado por el *lucrum cessans*., tal como se desprende del Art. 50 del Reglamento; precisamente porque aquella “potestas variandi” de la Administración se ejercita en función del bien común, del interés público, que se halla obligada a tutelar; de ahí que no sea comparable a aquella rescisión unilateral que en el contrato de obras prevé el Art. 1.594 del C. Civil como *ius*, que no *potestas*, del dueño de la obra, y que si otorga al

proyecto, que es de aceptación obligada para el contratista. Es procedente acceder, por ello, por ministerio mismo de la Ley (Art. 52.2 de la L.C.E.) a la resolución contractual solicitada por el contratista y correctamente apreciada en la Sentencia apelada. Ahora bien, el régimen de tal resolución comporta únicamente - en contra de lo que se intenta razonar de contrario en la apelación - la liberación de la fianza constituida por el contratista, sin que proceda indemnización de daños y perjuicios (Art. 161 del Reglamento de Contratación). No se aprecia por esta Sala la existencia de incumplimiento contractual por parte de la Administración. Tampoco es procedente dar lugar a la adhesión a la apelación que formula la Administración contratante. La Administración aceptó la suspensión de la ejecución de las obras ante las dificultades surgidas, y, tras elaborar un proyecto reformado, concedió una ampliación en el plazo de ejecución de dichas obras por el tiempo en que las mismas habían estado suspendidas. No resulta probada la imposibilidad de cumplimiento del contrato por parte del contratista en el nuevo plazo ampliado, para el caso de no resolución. La pretensión que se formula en la adhesión al recurso tampoco debe prosperar.

3.3. Resolución por retraso tras solicitud de modificado, por error o defecto en el proyecto.

Un problema recurrente en la práctica hace referencia a una serie de casos en donde el contratista paraliza la ejecución del contrato porque entiende que se debe proceder a su modificación para que se pueda continuar su realización. Ante esta situación la Administración ha decidido adoptar la resolución del contrato al entender que la excusa de la necesidad de un modificado no justifica los retrasos al constituir un incumplimiento contractual. Vamos a ver a continuación varios casos resueltos por el Consejo de Estado y el Supremo.

En el caso de que un contratista intente pedir un reformado escudándose en indefiniciones del proyecto, se puede topar con que la Administración solicite la resolución del contrato por retrasos injustificados en la realización de la obra. Así ocurre por ejemplo en el Dictamen de 29 de Abril de 1999, del Consejo de Estado²¹⁸. El asunto

contratista derecho a ser indemnizado por la utilidad que pudiera obtener de la obra de la que el dueño desista. No obstante lo anterior no cabe entender ajustado a derecho el acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Corporación demandada, rescisorio del contrato de obras, en cuanto acuerda así mismo la incautación de la fianza en su día constituida por la empresa contratista y la indemnización de los daños y perjuicios que para la Administración derivan de tal rescisión, pues si bien es cierto que según el Art. 52.1 y 45 de la Ley de Contratos el contratista viene obligado a cumplir los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva del contrato y el general para su total realización, de tal manera que su incumplimiento por causas imputables al mismo da a la Administración la posibilidad de optar por la rescisión del contrato con pérdida de la fianza, en el presente caso el no cumplimiento de plazos contractuales no puede ser imputado al contratista cuando la paralización de la obra fue en su día puesta en conocimiento de la Administración por la empresa, explicitando los errores en que incurrieron los proyectos originarios, tras los cual la Administración procedió a elaborar y aprobar un proyecto modificado y a la ampliación del plazo de ejecución por el tiempo en el que las obras habían permanecido suspendidas (Art. 45.3 de la L.C.E.), con lo que cualquier reclamación de la Diputación Provincial por el incumplimiento de plazos, en su día consentido, sería contradecir actos propios, lo que se halla vedado por el principio general del derecho *venire contra factum proprium von licet*.

²¹⁸ Ver Dictamen de 29 de Abril de 1999, del Consejo de Estado. Número de expediente: 1007/1999 (EDUCACION Y CULTURA). Referencia: 1007/1999. Asunto: Resolución contrato obras de terminación del Polideportivo M-4G en EL ESPINAR (Segovia). La empresa adjudicataria dirige un

sometido a dictamen se refiere a la pretendida resolución del contrato de obras de terminación del pabellón polideportivo M-4g en El Espinar (Segovia), como consecuencia del incumplimiento del plazo previsto para la conclusión de las obras. En efecto, el citado contrato fue adjudicado a una empresa por el Consejo Superior de Deportes, estableciéndose un plazo de ejecución de doce meses. La empresa adjudicataria incumplió el plazo de ejecución pactado, y no ya simplemente el inicialmente previsto de doce meses, sino incluso aquellos otros que la Administración contratante le confirió para que la conclusión de las obras fuera una realidad. La empresa se comprometió a terminar las obras para el día 30 de Mayo de 1997, compromiso que nuevamente fue incumplido. Incluso consta acreditado -y no ha sido negado por la empresa adjudicataria- que las obras se encuentran paralizadas desde Enero de 1998, por decisión unilateral de la adjudicataria, e incluso se hace constar el peligro que existe de deterioro de la obra ejecutada ante las partidas aún no realizadas.

Todas estas circunstancias justifican suficientemente la resolución del contrato por causa imputable al contratista. No enerva esta conclusión, las aducidas indefiniciones y ausencia de un proyecto reformado, imprescindible a juicio de la contrata para poder concluir las obras. Y ello, porque durante el largo período de discrepancias habidas entre la Dirección Facultativa (y la Administración contratante) y la empresa adjudicataria, se han producido informes técnicos que han rebatido suficientemente las aludidas indefiniciones y correlativa necesidad de un proyecto reformado, a la vez que, como ha resaltado la Administración instructora, la prerrogativa de modificación de los contratos corresponde exclusivamente a la Administración contratante. Pero es más, en ningún caso la empresa contratista puede paralizar unilateralmente la ejecución de las obras con la excusa de supuestas indefiniciones desmentidas por la Dirección facultativa, máxime si se tiene en cuenta que en este caso ni siquiera la contratista concluyó las obras no afectadas por supuestas indefiniciones, y cuando, además,

escrito al Consejo Superior de Deportes en el que sustancialmente señala que han surgido una serie de vicisitudes e incidencias en la ejecución de la obra, a la vez que se han producido indefiniciones que afectan a diversas unidades de obra que quedaron pendientes de su concreción por la Dirección Facultativa, aumento de obra por incremento de unidades de obra contempladas en el proyecto y nuevas unidades de obra no contempladas en el proyecto, que exigen precios nuevos y aprobación del correspondiente modificado o proyecto reformado. En 27 de Mayo de 1998, la empresa adjudicataria dirige un escrito al Consejo Superior de Deportes en el que, en contestación al resultado del acta de visita de obras de fecha 21 de Mayo de 1998, indica que la paralización de las obras producida antes de la fecha de dicho documento era conocida por la Administración, a la que se habían dirigido diversos escritos demandando las actuaciones pertinentes para remediar las causas que originaron tal situación. Posteriormente se ha insistido de nuevo en la necesidad de que se aprueben las correspondientes modificaciones para continuar las obras. Entre otros informes, en 2 de Julio de 1998, la Dirección Facultativa indica que la situación no puede prolongarse más tiempo, pues es previsible que puedan producirse deterioros de cierta importancia en la obra ya ejecutada, toda vez que faltan por realizar elementos imprescindibles para su buena conservación, entre los que destaca el acristalamiento del lucernario de la sala complementaria, la solución de desagüe de la salida de emergencia de gradas y la reparación de goteras de la cubierta invertida. Por lo que se refiere a la aducida necesidad de haber tramitado un reformado, se señala que la modificación del proyecto es una prerrogativa de la Administración, que en ningún caso puede ser exigida por el contratista. Además, resulta sorprendente que la empresa adjudicataria alegue en contra de la resolución del contrato la necesidad de un proyecto modificado que fue informado negativamente en 13 de Febrero de 1997, al que sin embargo no hace referencia en sus escritos. Respecto a las indefiniciones en el proyecto, a la vista de los informes técnicos y definiciones del proyecto, numerosas visitas de obra y reuniones con la empresa, se concluye que en ningún caso las indefiniciones que pudieran haber existido inciden ni justifican un retraso.

expresamente se comprometió en diversas ocasiones a reanudar las obras (lo cual significa que era viable su reanudación) y a concluir las en un determinado plazo, compromisos que, como se ha destacado, tampoco cumplió. La conclusión a la que se llega de esta manera, no es sino la de ser procedente la pretendida resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 96.3 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto señala que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá acordar la resolución del contrato. La consecuencia derivada del incumplimiento culpable del contratista es la incautación de la garantía definitiva y, en su caso, la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada (Art. 114.4), todo ello sin perjuicio, obviamente, del abono al contratista de la obra efectivamente ejecutada, previa su medición.

En primer lugar es muy interesante un Dictamen del Consejo de Estado de 31 de Mayo de 2001²¹⁹. La cuestión sometida a dictamen consiste en determinar si procede resolver el contrato de construcción de las obras de la nueva sede de la Tesorería General de la Seguridad Social en León, por incumplimiento culpable del contratista, habiéndose formulado oposición por parte de la sociedad contratista²²⁰. La

²¹⁹Dictamen del Consejo de Estado de 31 de Mayo de 2001. Número de expediente: 1438/2001 (TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES). Referencia: 1438/2001. Asunto: Resolución Contrato obras construcción Sede Tesorería Seguridad Social en León suscrito con Empresa.

²²⁰Por Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de 17 de Mayo de 1999, se adjudicó el contrato de las obras de construcción del edificio sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en León, con arreglo a la oferta presentada con un 25,64 por ciento de baja sobre el presupuesto de licitación. No habiendo obtenido respuesta de la contratista, se la convocó a una reunión el 19 de Enero de 2000, en la que los representantes legales de la empresa manifestaron que la ejecución del contrato les suponía pérdidas económicas y que el Proyecto contenía errores, por ser los precios fijados en el mismo muy inferiores a los del mercado. Alegaron, además, la falta de flexibilidad de la Dirección Facultativa de la obra al no aceptar un posible "reformado" que permitiera incrementar, al menos, en un 20% el presupuesto de adjudicación del contrato. El Arquitecto Director de la obra y los representantes de la Tesorería General de la Seguridad Social rechazaron la tramitación del reformado por entender que, según la legislación de contratos, el posible error sufrido por la empresa, al estudiar el Proyecto y preparar su oferta con baja del 25,64% del presupuesto de licitación no daba base para la tramitación del reformado, aparte de que la oferta presentada por otra empresa representaba sólo una diferencia de 0,12 puntos. Se le indicó a la contratista que podía renunciar a continuar la ejecución del contrato, con pérdida de la garantía definitiva depositada o continuar la ejecución del contrato, presentando urgentemente un nuevo planning de obra para recuperar los retrasos sufridos en la misma. Los representantes de la empresa manifestaron en esa reunión su intención de continuar la obra y de adoptar las medidas que fuesen precisas para acelerar el ritmo de la misma. Presenta escrito en el Registro General de la T.G.S.S., solicitando una nueva reunión para subsanar los errores que imposibilitan la continuación de la obra, lo que se acordó para el siguiente 21 de Marzo de 2000. En dicha reunión los representantes de la empresa insistieron en la necesidad de que la Tesorería aceptase los cambios propuestos por la empresa (rebajar exigencias del Proyecto respecto a los niveles de calidad) y un "reformado" del Proyecto con un incremento del 20% del importe de la adjudicación, manteniendo la Tesorería la necesidad de que la empresa ejecutase el contrato en las condiciones fijadas, recuperando los atrasos. El 22 de Marzo de 2000, presenta escrito en el Registro General de la T.G.S.S., solicitando la resolución del contrato por existencia de errores en el proyecto, de conformidad con el Art. 150.d L.C.A.P., la suspensión del contrato y de la fianza constituida al efecto, la adopción de medidas provisionales para que tal suspensión no le causase perjuicios de difícil o imposible reparación derivados de la vigilancia y custodia de la obra y el recibimiento a prueba, en concreto, prueba testifical. El Arquitecto autor del Proyecto y la Oficina Técnica y de Supervisión de Proyectos de la T.G.S.S.,

Administración contratante fundamenta la resolución del contrato en el incumplimiento imputable al contratista de lo convenido, teniendo en cuenta el notable retraso en la realización de la obra cuyo plazo de ejecución se fijó en 22 meses, concluyendo el 30 de Abril de 2001, sin que la obra se haya realizado, estando, además suspendidas las obras por negativa de la contratista a realizarlas por el precio ofertado por ella. La realidad del incumplimiento es patente y no ha sido cuestionada. Consta en las actuaciones que, ante los retrasos acumulados en la realización de la obra, el 15 de Diciembre de 1999, la Tesorería General de la Seguridad Social requirió por escrito a que recuperase esos retrasos acumulados y que presentase nuevo planning de obra, con advertencia de la posible aplicación de los Arts. 96 y 97 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que la empresa contratista accediese a ese requerimiento.

Igualmente consta que en los meses de Enero y Febrero de 2000, se constató que el ritmo de las obras era aún más lento y que se acentuaba la demora y las desviaciones y que el 14 de Marzo de 2000, los aparejadores comprobaron que la obra estaba prácticamente parada, levantándose acta notarial al respecto el siguiente 21 de Marzo.

Esta situación de retraso y de paralización de la obra constituye *ipso iure* un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo este Consejo de Estado, el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas al contratista en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (dictamen 4.533/96). En el caso presente existía un plazo para la ejecución del contrato y dicho plazo se ha incumplido. La empresa contratista ha alegado como excusa para la no ejecución del contrato el que éste le producía pérdidas porque los precios fijados en el Proyecto y sobre los que ha basado su oferta eran

emitieron sendos informes en los que sostenían que los cuadros de precios del Colegio de Aparejadores de Guadalajara y de la Comunidad de Madrid no son precios oficiales sino de referencia siendo la empresa constructora quien fija el precio real del presupuesto de obras al concurrir a la subasta pública y efectuar su oferta económica. El 21 de Marzo de 2001, la Tesorería General de la Seguridad Social dicta Resolución en la que desestima la solicitud de..., de resolución del contrato por error material en el proyecto con base en el Art. 150. d de la Ley 13/1995. En los antecedentes de hecho de esa resolución se afirma que la diferencia de precios del proyecto con los precios editados por el Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos y Aparejadores de Guadalajara no supone ningún error material por cuanto los cálculos de los precios son realizados con base en criterios distintos sin que la no aplicación de aquellos precios pueda considerarse como un error en el presupuesto del proyecto, siendo las empresas constructoras, al concurrir al concurso público y efectuar su oferta económica, las que fijan el precio real del presupuesto de obra. En este concurso concurrieron 23 empresas con precios inferiores a los fijados en el Presupuesto de obra del proyecto, adjudicándose con una baja de 25,64% no considerada como temeraria por no darse una desviación en más de 10 puntos de la baja media. Se añade que el Pliego de Condiciones del Proyecto en el apartado 7.4 especifica de manera general para todo el proyecto la admisión de productos equivalentes, siempre que el contratista justifique esta equivalencia. En los fundamentos de Derecho se recuerda el compromiso contractual suscrito por la empresa que incluye la oferta por ella presentada e indica que la contratista debe efectuar sus propios cálculos antes de decidirse por aceptar el precio establecido por la Administración, siendo cada parte responsable de su negligencia, no dándose además los requisitos reglamentarios sobre el error material aritmético o de cuenta que está fuera del riesgo y ventura que asume el contratista. El 21 de Marzo de 2001, el Director General de la Tesorería remite el expediente al Ministerio para que a su vez fuera remitido al Consejo de Estado a los efectos de la resolución del contrato por causas imputables al contratista.

erróneos, llegando incluso a solicitar, ante el aviso de la posible resolución por incumplimiento, la resolución del contrato de obra por posible error en el Proyecto, lo que le ha sido desestimado. Del expediente se deduce que la sociedad contratista ha tratado de condicionar la continuación de la ejecución del contrato, para evitar alegadas pérdidas económicas, a una baja de calidades y a la aceptación de un reformado para incrementar el precio de la contrata en porcentaje significativo, mostrando su oposición a cumplir el contrato de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones y en la oferta económica presentada por ella. Las razones y causas invocadas por la contratista en su descargo son rechazables de todo punto y, en modo alguno, relevan o dispensan a la contratista de las responsabilidades contraídas por el retraso en la ejecución de las obras. Los errores reiteradamente invocados en la fijación de precios en el proyecto ni están fundados ni dejan de ser imputables a la empresa que es la que realizó la correspondiente oferta y pudo comprobar entonces el listado de precios con otros de referencia como los que ahora alega. Este Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento, razones de orden económico como las que se dan en el presente supuesto, en que la contratista ha tratado no tanto de desvincularse de la relación contractual de un modo favorable a sus intereses, sino más bien de alterar las previsiones del proyecto introduciendo criterios de menor calidad técnica en la obra proyectada y de reformado de obras propuestas que han debido ser rechazadas, y que no excluyen la gravedad del incumplimiento ni su imputación a la empresa contratista. Las alegaciones opuestas por la contratista a la pretensión resolutoria de la Administración contratante, no pueden ser atendidas ni puede hacerse recaer las causas de su incumplimiento en un presunto error de la Administración en la redacción de los pliegos. A mayor abundamiento, habría de recordarse que la resolución del contrato por incumplimiento del contratista y la responsabilidad de éste, debe ponderarse conforme a las normas y principios ordenadores de la culpa contractual (S.T.S. 27 Septiembre de 1985), lo que incluye tener en cuenta también el criterio de la buena fe. Desde la buena fe no cabe aceptar las pretensiones modificativas que formula la sociedad contratista, que lo que trata en el fondo, es que el precio de la contrata no sea el que ella ha ofertado en competencia con otros ofertantes, sino un nuevo precio bastante superior y, desde luego, superior al ofertado por otros contratistas que han resultado excluidos. Aceptar la propuesta de la sociedad contratista supondría ignorar los principios de transparencia, objetividad y libre competencia que, también por exigencias del Derecho comunitario, deben regir la selección del contratista. Es evidente, pues, que ha existido un incumplimiento grave e imputable a la empresa contratista que justifica la resolución del vínculo contractual con los efectos consiguientes de pérdida de la garantía definitiva e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios producidos por ese incumplimiento, en lo que no resulte cubierto por aquella garantía, debiéndose instruir al efecto el oportuno expediente.

Desde el plano jurisprudencial hay que citar un caso de 1990²²¹, donde explica el Supremo que no puede haber duda racional alguna de que ha existido un palmario

²²¹ Ver S.T.S. de 30 de Enero de 1990, Ar. Ponente: D. PEDRO ESTEBAN ALAMO. El Pleno de la Diputación Provincial de Palencia acordó, en 8 de Julio de 1986, resolver el contrato de la obra «Casa Consistorial en Monzón de Campos». «Mavasa, S. A.», interpuso recurso contencioso- administrativo ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia de Valladolid, solicitando la anulación los acuerdos recurridos y se declarara su derecho en todo caso a ser indemnizada por daños y perjuicios. El contrato de obras que nos ocupa fue resuelto por la Diputación de Palencia al amparo del Art. 65 en relación con el 56, ambos

incumplimiento del contrato por parte de la empresa «Mavasa, S. A.», no en cuanto a que no haya concluido las obras en el plazo previsto, porque ello fuese imposible en vista de las circunstancias que han quedado descritas. El incumplimiento ha consistido en que, apartada, o soslayada, la cuestión del tratamiento que habría de darse a la aparición de los restos arquitectónicos, más o menos arqueológicos, la dirección de la obra, en uso de sus atribuciones, ordena la continuación de las mismas, con independencia de las revisiones o reformas que pudieren plantearse; y la empresa hace caso omiso a ello. Tanto en la adjudicación de las obras, como en el contrato subsiguiente, como en el Pliego de Condiciones Generales, se hace constar que la empresa se compromete a la ejecución de las obras con estricta sujeción a las disposiciones de la dirección técnica de la obra (cláusula primera del contrato); sin que haya lugar a revisión de precios (cláusula quinta); prescripciones que se fundamentan

del RCCL, el primero de los cuales dice que "si el contratista incumpliére las obligaciones que le incumben, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato", y el segundo que "por ningún motivo, ni aun por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato, pero quedarán a salvo los efectos previstos en el Art. 94". Habiendo quedado acreditado en el expediente administrativo la negativa de "Mavasa, S. A.", a reiniciar las obras tras la obligada suspensión motivada por el descubrimiento de los restos arqueológicos, pese a que la posibilidad de hacerlo le fue notificada por la Diputación demandada el 10 de Marzo de 1986, y por la dirección de la obra dos días más tarde. La actora, marginando estos hechos, articula su pretensión sobre estos dos fundamentos: a) el retraso en el cumplimiento fue motivado por la intervención de la Comisión Provincial del Patrimonio Histórico-Artístico a causa del descubrimiento ya aludido de restos arqueológicos y, por tanto, debido a causas ajenas a su voluntad, y b) dicho descubrimiento originó un cambio en el proyecto inicial que hacía necesario un nuevo proyecto con las consiguientes modificaciones económicas para ella. Lo primero es cierto en la forma en que se deja enunciado. Pero no altera la argumentación de las resoluciones recurridas, que no se fundan en ese retraso, sino en la negativa a reiniciar las obras una vez que el tema de los restos arqueológicos quedó clarificado. Lo segundo, en cambio, está contradicho por la dirección técnica de la obra y no refrendado por prueba alguna en este proceso; efectivamente, el tan aludido descubrimiento originó modificaciones en el proyecto inicial, pero éstas no alteraron la posición económica de "Mavasa, S. A.", ya que fueron objeto de un contrato independiente denominado "Construcción de Casa Consistorial, 2.ª fase en Monzón de Campos", obra 317/1982, que fue adjudicada al margen de ésta. El Supremo acepta la Sentencia apelada. La Sentencia de instancia confirma los actos recurridos. Es cierto que la duración de las obras había de ser de dieciocho meses a partir del 22 de Junio de 1985, en que se levantó el acta de replanteo, debiendo estar finalizadas, por tanto, el 22 de Diciembre de 1986; es igualmente cierto que, algo más de dos meses después, el Director de la obra comunicó al Ayuntamiento la aparición de restos arquitectónicos de un antiguo palacio que podrían tener algún valor; hallazgo que dio lugar a una serie de comunicaciones e intercambio de criterios entre el director de la obra, el Ayuntamiento de Monzón de Campos, la Diputación Provincial de Palencia y la Comisión Provincial del Patrimonio Artístico de Palencia; sin que en ellos interviniese la empresa contratista, a pesar de habersele dado la posibilidad de ser oída al respecto. Pero no es menos cierto que en el expediente administrativo hay constancia de que, desde mediados de Octubre de 1985, el contratista no aparece por la obra, ni ha dado ni pedido explicación alguna; circunstancia que es puesta de manifiesto por el director de la obra en 10 de Marzo de 1986, el informe en el que estima, aunque quedan nueve meses del plazo fijado para la ejecución de las obras, éstas, con la agilización necesaria, podrían ser finalizadas en la fecha prevista. Soslayado el problema del tratamiento de los restos arquitectónicos aparecidos, se suceden diversos requerimientos en breve plazo al contratista para que reanude las obras, a los que éste contesta, en 10 de Abril y en 3 de Mayo, insistiendo en que, en vista de la opinión de la Comisión Provincial del Patrimonio Artístico, debería presentarse un nuevo proyecto de obra o modificarse el anterior; e incluso presenta su versión de la reforma por un importe total de 31.691.803 ptas. lo cual es rechazado, dando lugar a un nuevo requerimiento del director de la obra en 3 de Junio de 1986, en el que se da al contratista el plazo de una semana para la reanudación de las obras, «con independencia de las revisiones, reformados, etc. que pudieren plantearse». Como tras diversos cambios de informes, no se consigue la actividad operaria de la empresa constructora, se da lugar con ello a la resolución del contrato.

en el Art. 51 del R.C.C.L. de 9 de Enero de 1953, en cuanto establece que los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que les sirvan de base...; en el Art. 56 se dice, que por ningún motivo, ni aun por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato; de manera que, si así ocurre, el Art. 65 faculta a la otra parte, la corporación contratante, para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato. La nueva legislación de régimen local, especialmente el Art. 114 del Texto Refundido de 18 de Abril de 1986, mantienen estas directrices. La Diputación Provincial de Palencia se ha limitado a cumplir la legalidad en vista de la reiterada falta de cumplimiento de la empresa contratista, que ha hecho caso omiso de las instrucciones del arquitecto director técnico, no obstante la flexibilidad del requerimiento de este último de fecha 3 de Junio de 1986, en el que incluso parece admitir la posibilidad de alguna revisión o reforma. Hay que hacer referencia en este terreno a una serie de casos que terminan con la caducidad del procedimiento.

Así, en primer lugar se puede citar un Dictamen del Consejo de Estado de 24 de Noviembre de 2011²²². El 12 de Mayo de 2010, la Dirección General de Tráfico aprobó el P.C.A.P., para la contratación por el procedimiento abierto de las obras de construcción de pabellones y pistas de exámenes del Centro de Exámenes de Cáceres, con un plazo de ejecución de doce meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo. El 30 de Noviembre de 2010, se tramitó la primera certificación de obras, por importe de cero euros. El 16 de Marzo de 2011, el Departamento de Proyectos de SEGIPSA (Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S. A.) elaboró un informe sobre el estado de la obra, en el que decía que de los casi cuatro meses transcurridos desde el acta de inicio de la obra, apenas se había ejecutado nada, tan solo el desbroce e implantación de alguna caseta. Explicaba que la empresa proponía la realización de un proyecto modificado con cambios importantes y de concepto sobre el proyecto primitivo para poder asumir la obra, pero que la dirección facultativa discrepaba de los argumentos empleados. Añadía que el Ayuntamiento de Cáceres había obligado a cambiar el punto de enganche de la acometida de saneamiento del edificio, lo cual obligaba a su vez a hacer una excavación en mina, pues el vial dependía de Carreteras: esto suponía un precio contradictorio, que había sido valorado por la contratista y analizado desfavorablemente por la dirección facultativa por su elevada cuantía. La contratista, el 29 de Marzo de 2011, presentó un escrito dirigido al órgano de contratación, en el que señalaba que ya había puesto de manifiesto a la dirección facultativa la imposibilidad de llevar a cabo la acometida de saneamiento de acuerdo con lo proyectado, cuya subsanación requería una modificación. Entendía que era imposible iniciar la obra, puesto que las dos soluciones que podían adoptarse para dar salida a las aguas de saneamiento eran opuestas en la parcela, y ello condicionaba las pendientes de la red. Agregaba, que la composición del firme para las pistas de exámenes aún no estaba confirmada, pues incumplía la normativa vigente para firmes de tráfico 6.1. IC. Solicitaba una paralización parcial de la obra en tanto no quedase definido en un proyecto de construcción acorde a las circunstancias. La Dirección

²²² Ver Dictamen del Consejo de Estado de 24 de Noviembre de 2011. Número de expediente: 1622/2011 (INTERIOR). Referencia: 1622/2011. Asunto: Expediente instruido a instancia del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico sobre la propuesta de resolución del contrato de obras, expediente 0100DGT17624 "Obra de construcción del pabellón y pistas de exámenes, ejecución del Centro de Exámenes de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres".

General de Tráfico comunicó a la contratista, tras recordar el régimen de responsabilidad por demora, que no aceptaba tramitar un procedimiento modificado. Le requería para que manifestara si estaba dispuesta a ejecutar las obras a las que se había comprometido. La contratista presentó un escrito en el que expresaba su interés por ejecutar el contrato, aunque a su juicio existía un problema ajeno a la empresa, cual era la imposibilidad de llevar a cabo la acometida de saneamiento prevista en el proyecto, puesta de manifiesto por el Ayuntamiento de Cáceres. Indicaba que las dos salidas para el saneamiento ofrecidas por esta entidad local estaban en puntos opuestos de la parcela, lo cual condicionaba la solución de la red de saneamiento interior (trazado, diámetros, pendiente, cotas y cimentación, e incluso el propio diseño). Afirmaba que desde el 10 de Diciembre de 2010, estaba pendiente de contestación sobre la composición del firme para las pistas de exámenes. Consideraba imprescindible la redacción de un proyecto modificado. El 29 de Abril de 2011, la dirección facultativa emitió un informe sobre el escrito anterior en el que decía que las obras del proyecto se podían realizar independientemente de la solución definitiva de la acometida de saneamiento, pues la red horizontal no variaba y se podía ejecutar hasta el último pozo de conexión dentro de la parcela. Agregaba que, una vez solventado con el Ayuntamiento el punto de acometida, se procedería a ejecutar un colector general con la pendiente necesaria, así como la obra en mina para la conexión con el alcantarillado público, algo que podría realizar o la empresa que la propiedad designase. Aseveraba, que la composición del firme debía realizarse con arreglo al proyecto de ejecución, que incorporaba el anexo de calidades de la Dirección General de Tráfico, con experiencia en este tipo de obras, y que no había razón alguna para no llevarlas a cabo. Concluía que ambas explicaciones se habían dado en repetidas ocasiones a la empresa contratista, pero que la obra estaba paralizada desde Diciembre de 2010²²³.

Explica el Consejo de Estado que en numerosas ocasiones se ha pronunciado sobre la caducidad de los procedimientos de resolución de los contratos administrativos y sobre la aplicabilidad del Art.44 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico

²²³Mediante oficio de 16 de Mayo de 2011, la Subdirectora General Adjunta de Administración Económica de la Dirección General de Tráfico comunicó a la contratista que se optaba por la resolución del contrato con incautación de la fianza definitiva, por incumplimiento de las obligaciones del contrato y concedió audiencia a la adjudicataria y a la aseguradora que había prestado la garantía. La empresa contratista presentó un escrito de alegaciones en el que insistía en que la ejecución del saneamiento estaba pendiente de la decisión que adoptase el Ayuntamiento y que ello obligaba a redactar un modificado, pues las dos alternativas posibles no estaban recogidas en el proyecto. Entendía que el firme de las pistas no cumplía la normativa vigente para firmes de tráfico 6.1 IC, que la obra no era completa, pues no podía ser entregada al uso público, y que una ejecución parcial era contraria a lo previsto en el contrato. Concluía con la petición de suspensión de las obras, de elaboración del proyecto modificado y de que se dejase sin efecto la resolución contractual. El 22 de Junio de 2011, la Dirección Facultativa informó, en relación con las anteriores alegaciones, que las obras recogidas en el proyecto se podían realizar independientemente de la solución que se adoptase respecto de la acometida de saneamiento, pues la red horizontal no variaba y podía ejecutarse hasta el último pozo del interior de la parcela. Entendía que la composición del firme debía ser la prevista en el proyecto. La Abogacía del Estado en el Ministerio del Interior informó favorablemente la propuesta de resolución. Obra en el expediente una propuesta de resolución en la que se consigna que concurren las causas de resolución previstas en las letras g y h del Art. 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el apartado 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares y que la conducta de la contratista ha perjudicado al interés general, al no disponer del uso de las instalaciones de la pista de exámenes de Cáceres. Aprecia que con la incautación de la garantía definitiva, que propone, queda resarcida de estos perjuicios la Administración.

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Como es sabido, la caducidad, a diferencia de otras figuras, ha de ser apreciada de oficio. A este respecto, la Memoria del Consejo de Estado del año 2008, entendía que "la aplicación del instituto de la caducidad a estos procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio ni es conforme al espíritu de la Ley, ni a su tenor literal, ni respeta adecuadamente la necesaria ponderación de los intereses públicos que concurren".

Consideraba esa Memoria que en muchos casos el plazo de tres meses era insuficiente para tramitar este tipo de procedimientos, dada su "complejidad técnica", y que la prerrogativa de resolución contractual conferida a la Administración no era "una medida de intervención, sino una facultad" que se insertaba "plenamente en la relación jurídica de las partes dentro del contrato público", con lo que no era posible calificarla como tal medida de intervención a los efectos del Art. 44 de la Ley 30/1992, citada, ni tampoco como un ejercicio de la potestad sancionadora. Estas consideraciones venían respaldadas por una multiplicidad de dictámenes (cabe citar, entre otros, los de 23 de Septiembre de 2004, número 2.294/2004, 28 de Abril de 2005, número 157/2005, y 7 de Septiembre de 2006, número 1.255/2006). Concluía la Memoria sugiriendo una modificación normativa que evitase la aplicación de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual. No obstante, la línea jurisprudencial a que aludía la Memoria se ha ido prolongando en los últimos años, como muestran las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Septiembre de 2010, y de 28 de Junio de 2011, sin que se haya aprobado la norma jurídica por la que abogaba el Consejo de Estado. El plazo para tramitar estos procedimientos, según la aludida línea jurisprudencial, es el supletorio de tres meses que prevé el Art. 42.3 de la citada Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. En el expediente consta que el procedimiento de resolución se inició no después del 16 de Mayo de 2011, en que se acordó la audiencia a los interesados (punto decimosexto de antecedentes). No hay indicio de que el plazo para resolverlo se haya suspendido o ampliado. En estas condiciones, un acto administrativo de resolución del contrato dictado en el momento presente, superados ampliamente los tres meses, podría ser con facilidad objeto de anulación en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada. A la vista de estas circunstancias, este Alto Cuerpo Consultivo considera que se ha de declarar que el presente procedimiento de resolución contractual ha caducado. Ello no impide en absoluto que se inicie un nuevo procedimiento, al que podría añadirse un informe sobre el estado de los trabajos al cumplirse el plazo contractual anual, el 19 de Noviembre de 2011, (punto séptimo de antecedentes). Las actuaciones del procedimiento caducado pueden incorporarse todas en bloque al nuevo procedimiento, pero ha de darse nueva audiencia a la contratista y a su aseguradora y recabarse de nuevo el informe del Servicio Jurídico y el dictamen del Consejo de Estado, dada la oposición de la contratista (Art. 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre). Si se opta por la incoación de nuevo procedimiento de resolución, la cuantificación de los perjuicios irrogados a la Administración habrá de ser más precisa que la que se hace en el presente procedimiento, o deferirse a otro procedimiento posterior.

Así pues, este Alto Cuerpo Consultivo no se pronuncia sobre los aspectos sustantivos que suscita el asunto consultado, pues el procedimiento de resolución está incurso en

caducidad. Lo hará con ocasión de un nuevo procedimiento de resolución, si la Administración activa opta por tramitarlo.

Esta misma doctrina se contiene en el Dictamen del Consejo de Estado de 2 de Febrero de 2012²²⁴. Se consulta la resolución de un contrato de obras por

²²⁴ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 2 de Febrero de 2012. Número de expediente: 2119/2011 (INTERIOR). Referencia: 2119/2011. Asunto: Resolución del contrato para la construcción de un nuevo cuartel de la Guardia Civil en Las Cabezas de San Juan (Sevilla). El Arquitecto Director de la obra se dirigió al Servicio de Acuartelamiento de la Dirección General de la Guardia Civil para informar de la necesidad de que se redactase un modificado del proyecto que tratase estos aspectos: el desvío del trazado de la tubería de saneamiento urbano que existía en la parcela y que no figuraba en el proyecto original, cuyo trazado afectaba de lleno a la ubicación de las zapatas de cimentación del bloque de viviendas; la reforma de la cimentación derivada del estudio geotécnico; el drenaje perimetral de los muros del sótano y la reforma del sistema constructivo de la rampa del sótano. Evaluaba el coste de ejecución material en 99.797,36 €. El 7 de Abril de 2006, el Secretario de Estado de Seguridad acordó iniciar las actuaciones para modificar el proyecto de las obras, según lo propuesto por el director facultativo, con un coste de ejecución material de 99.797,36 € y una variación del 18,80% sobre el presupuesto del contrato primitivo. También acordó "la suspensión parcial de las obras afectadas por la modificación, continuándose con la ejecución de las obras no afectadas y de forma urgente con las actuaciones correspondientes a la cimentación y drenaje de la zona del sótano, al encontrarse abiertos los taludes perimetrales". El 17 de Abril de 2006, se firmó el acta de suspensión parcial de las obras, en ejecución de la resolución anterior. Obran en el expediente catorce certificaciones de obras, la primera de Diciembre de 2005, por 30.050,60 €, las correspondientes a los meses de Enero a Junio de 2006, por cero €, la de Julio de 2006, por 122.890,34 €, la de Agosto de 2006, por 83.644,02 €, la de Septiembre de 2006, por 55.736,52 €, la de Octubre de 2006, por 18.574,82 €, la de Noviembre de 2006, por 40.219,87 €, la de Diciembre de 2006, por 67.473,38 €, y la de Enero de 2007, por 15.325,98 €. En esta última certificación se indicaba que sin contar con ella se habían acreditado en certificaciones anteriores 562.491,29 €, para un presupuesto vigente líquido de 579.554,51 €. El 20 de Noviembre de 2006, la Oficina de Supervisión de Proyectos del Ministerio del Interior pidió que el proyecto reformado se rectificase o ampliase en una serie de puntos. El 31 de Julio de 2007, la Oficina de Supervisión de Proyectos del Ministerio del Interior requirió que se realizasen ciertos cambios en el proyecto modificado. Señalaba que el 20 de Noviembre de 2006, se había pedido que se introdujesen cambios, algo que había sido reiterado en Febrero y mayo de 2007, y que el 23 de Julio de 2007, había entrado el nuevo proyecto. Recibida nueva documentación, el 19 de Septiembre de 2008, la Oficina de Supervisión de Proyectos del Ministerio del Interior pidió que se cumpliese con su requerimiento anterior. El 27 de Julio de 2009, la Oficina de Supervisión de Proyectos del Ministerio del Interior informó favorablemente el proyecto reformado, con un presupuesto de 111.978,85 € y un incremento del 19,32% sobre el proyecto primitivo. Consignaba que había entrado en la oficina el 20 de Julio de 2009. El 21 de Octubre de 2009, una Capitán arquitecto del Servicio de Acuartelamiento de la Guardia Civil informó que la obra permanecía parada y solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales de la contratista y por modificaciones que superaban el 20%. Expresaba que el 29 de Enero de 2007, la adjudicataria había enviado una carta a la Dirección Facultativa en la que había expuesto una serie de partidas no incluidas o mal definidas en el proyecto, sin las que no se podía acabar la obra, que requerían un nuevo modificado, el cual, sumado al anterior, excedía del 20%. El 7 de Junio de 2010, la misma Capitán arquitecto del Servicio de Acuartelamiento emitió un informe en el que reconocía que en ejecución material se habían certificado 163.273,64 € por encima de lo realmente ejecutado, de los cuales 69.647,37 € correspondían a ejecución del proyecto modificado, de manera que la diferencia neta entre lo certificado y lo ejecutado de ambos proyectos era 93.626,27 €, todo ello con arreglo a una valoración económica de las obras hecha por la Dirección Facultativa en Abril de 2008. Listaba las partidas pendientes de realizarse, que no permitían la ocupación del edificio, y añadía que, según el informe de la Dirección Facultativa, había unas partidas nuevas no incluidas en el proyecto original que eran necesarias para acabar la obra y que suponían 102.354,44 € de ejecución material. El 4 de Octubre de 2010, la misma Capitán arquitecto del Servicio de Acuartelamiento informó que en Febrero de 2007, la empresa había parado la obra por completo, sin que la hubiese reanudado hasta el momento pese a los reiterados requerimientos, y ello a pesar de que la suspensión era solo parcial, lo que no impedía terminar el edificio de viviendas. Agregaba que de los dos edificios solo

se había ejecutado la cimentación, la estructura, los forjados (incluida la cubierta), los cerramientos exteriores y la mayoría de las particiones interiores, pero que de las instalaciones solo se había ejecutado un 5%, pese a que de la valoración económica de la obra de la Dirección Facultativa de Abril de 2008 se deducía que quedaban 93.626,27 € de ejecución pendientes. Abogaba por la resolución por incumplimiento del contrato. El 15 de Diciembre de 2010, el Secretario de Estado de Seguridad acordó iniciar expediente de resolución del contrato por incumplimiento del plazo y de las restantes obligaciones contractuales esenciales. Abierto el trámite de audiencia, la empresa contratista presentó un escrito de alegaciones en el que mantenía que había continuado las obras hasta Febrero de 2007, en que se habían acabado las anualidades del presupuesto, dado que no se había aprobado el modificado. Entendía que el retraso en esta aprobación había generado costes a la empresa, por la vigilancia y guardería de las obras y por el deterioro de lo ejecutado por falta de mantenimiento, y que la paralización de la obra era imputable a la "inexistente relación entre la Dirección Facultativa y (...) los técnicos del Servicio de Acuartelamiento", que habían tardado tres años "en aprobar un modificado incompleto y carente de todos los elementos necesarios para finalizar la obra". Manifestaba su desacuerdo con la valoración económica de la obra de la Dirección Facultativa de Abril de 2008, que desconocía y que se había hecho sin personarse para hacer una medición real o sin citar a la empresa, y que en todo caso no constaba toda la obra ejecutada. Negaba haber incumplido el contrato. Sobre las alegaciones anteriores emitió un informe el 1 de Febrero de 2011, la Capitán arquitecto del Servicio de Acuartelamiento, que decía que el proyecto modificado había sido aprobado por la empresa contratista, pues estaba firmado por ella, y que tras él las nuevas partidas presentadas por esta para terminar la obra, con un incremento de precio de unos 100.000 € y una modificación del 36,60% sobre el proyecto original, no habían sido aprobadas por la dirección facultativa. Indicaba que si la empresa tenía discrepancias con las mediciones, no había inconveniente en hacer una medición conjunta que dirimiese exactamente lo ejecutado y su coste y que existía margen monetario para poder seguir ejecutando multitud de unidades de obra, además de las certificadas. Concluía que no se había considerado adecuado aprobar el modificado, sino resolver el contrato por incumplimiento. Entre otros documentos, adjuntaba un escrito de la empresa constructora, de 10 de Abril de 2007, titulado "resumen del presupuesto", que elevaba el presupuesto total a 786.021,58 €, un 36,60% más del original. Carta enviada por la empresa contratista a la Dirección Facultativa el 29 de Enero de 2007, en la que ponía de manifiesto "importantes discordancias" entre los planos y las mediciones-presupuestos en diversos puntos, y afirmaba que además no se ajustaban a la normativa de las empresas suministradoras. Carta enviada por la empresa contratista al Servicio de Acuartelamiento, de fecha 21 de Febrero de 2007, en la que enviaba un ejemplar de la propuesta de medición final y liquidación de las obras, para su estudio y aprobación, y decía que al no recibir respuesta sobre las instalaciones generales se estaba provocando la paralización de las obras. Carta enviada por la empresa contratista al Servicio de Acuartelamiento, recibida el 11 de Diciembre de 2008, en la que expresaba que estaba a la espera de la aprobación definitiva del proyecto modificado, que ya estaba ejecutado al 80%, y aludía a los costes indirectos de vigilancia y guardería que ello estaba suponiendo para la empresa. Pedía una reunión urgente. Abierto el trámite de audiencia a la contratista y a su avalista, la primera presentó un escrito de alegaciones en el que mantenía que la Dirección Facultativa no la había requerido en ningún momento desde Febrero de 2007, para que continuase las obras, que se habían seguido hasta el agotamiento del presupuesto contratado en su día, único para el que existía crédito. Aseguraba que durante los años 2007, 2008 y 2009, la empresa no había cesado de remitir escritos a la Dirección Facultativa y al Servicio de Acuartelamiento para que se subsanaran los obstáculos que existían para la continuidad de las obras, con resultado negativo. Reiteraba la no aceptación de la valoración económica de la obra supuestamente realizada por la Dirección Facultativa en Abril de 2008, y negaba que hubiese incumplido los plazos de ejecución, pues había ejecutado las obras hasta el agotamiento del presupuesto. El 14 de Septiembre de 2011, la Capitán arquitecto del Servicio de Acuartelamiento emitió un informe sobre las alegaciones anteriores. Instaba a seguir adelante con la resolución del contrato, aunque reconocía que no existían requerimientos por escrito para continuar las obras, aunque sí verbales, telefónicos o en reuniones. Apuntaba que en la reunión de 26 de Marzo de 2009, para buscar soluciones para terminar las obras, con los asistentes que listaba, la contratista había dicho que había que redactar otro modificado por un importe de unos 100.000 €, sin el cual se negaba a continuar, algo con lo que no estaba de acuerdo ni la Dirección Facultativa ni la propiedad. Aseveraba que existían múltiples partidas certificadas y cobradas pero no ejecutadas, con lo que las certificaciones de obra no correspondían a la realidad, de lo cual era responsable la empresa, además de las responsabilidades a que hubiese lugar por parte de la dirección facultativa. Obra en las actuaciones una propuesta de resolución en la que se propone resolver el contrato

incumplimiento de la empresa contratista. En numerosas ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la caducidad de los procedimientos de resolución de los contratos administrativos y sobre la aplicabilidad del Art. 44 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Como es sabido, la caducidad, a diferencia de otras figuras, ha de ser apreciada de oficio. Como hemos dicho el Consejo de Estado reitera la doctrina del dictamen antes citado.

3.4. Deber de indemnizar al contratista.

En otra serie de casos se ha reconocido el derecho del contratista a la resolución frente a la posibilidad de modificación.

Así en un caso de 1983²²⁵, el Cabildo Insular de Santa Cruz de Tenerife acordó, en 29 Junio 1979, no acceder a lo solicitado por la Empresa «Cocitsa» de que fuera modificado el precio contradictorio del Acta núm. 2, fijándose el mismo en la cantidad de 699,71 ptas., así como que le fuesen abonados los gastos, daños y perjuicios y que se procediese a la extinción del contrato por causas no imputables a la contrata; acordándose igualmente que se iniciase expediente de resolución de contrato relativo a las obras comprendidas en el Proyecto de Ampliación del Centro de Capacitación y Experiencias Agrarias de Tacoronte, con audiencia al contratista por plazo de quince días, y que por la Sección de Arquitectura se practicara la correspondiente liquidación, incoándose expediente para determinar los daños y perjuicios exigibles a la contrata, así como que se redactase un proyecto modificador de las obras que resten por ejecutar. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «Cocitsa», la Sala de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, en 2 Junio de 1981, desestimatoria del recurso. Promovida apelación por la Sociedad recurrente, el T. S. la estima, revocando la Sentencia apelada y declarando, en su lugar, resuelto el contrato de ejecución de obras de 4 Enero de 1978, entre la entidad apelante y el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, condenando a éste a estar y pasar por esta declaración y al pago de daños y perjuicios causados a la entidad mercantil recurrente que se determinarán en ejecución de Sentencia.

Que desde el punto de vista contractual se hace patente que la unidad de obra a que como concepto se refiere el Reg. de 25 Noviembre 1975, en su Art. 150 no puede constituir causa bastante para obligar al contratista la continuación de la misma con arreglo al último párrafo del 136 del mencionado Reglamento, sino que el imponderable del terraplenado surgido y la desavenencia o desacuerdo entre el Cabildo Insular de Tenerife y la entidad apelante origina una situación por demás gravosa para esta última que no está prevista en la reglamentación aplicable y surge la necesidad de aplicar el Art. 1105 del C. Civil por lo dispuesto en el título preliminar de éste, Art. 4, al tenerse que regular la situación litigiosa por un supuesto de fuerza mayor, como lo demuestra el dictamen pericial obrante en el ramo de prueba, que acredita tanto la necesidad del

por incumplimiento de los plazos por la empresa contratista, con incautación de la garantía definitiva. Y, en tal estado de tramitación, el Ministro del Interior dispuso que se remitiera de nuevo el expediente al Consejo de Estado para dictamen, donde tuvo entrada el 23 de Diciembre de 2011.

²²⁵ Ver S.T.S. de 30 de Septiembre de 1983, Ar.4665, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Medina Balmaseda.

terraplenado como el enorme coste del mismo y la consecuencia de la continuación de la obra, casi imposible para el recurrente.

Que de todo ello se infiere que la situación jurídica del Apelante debe merecer la protección jurídica dimanante de los principios generales del derecho, según establece el Art. 1º del Título preliminar del C. Civil y comporta la revocación de la Sentencia apelada.

En 1982²²⁶, explica el T.S. que si es característica del contrato administrativo el llamado *ius variandi* o modificación unilateral del objeto del contrato por la Administración, poder de modificación consagrada en la Ley y Reglamento de Contratos del Estado en los límites establecidos por los Arts. 149, 150 y 151, tales modificaciones fueron consentidas en el Reformado inicial por el contratista en la fecha que se ha hecho mención y extendida el acta de replanteo en la fecha de 14 Diciembre 1978, lo que conlleva la necesidad de cumplimiento de las estipulaciones en los términos convenidos y al sobrevenir el incumplimiento total del plazo por paralización de la obra

²²⁶ Ver S.T.S. de 22 de Diciembre de 1982, Ar.8074, Ponente: Excmo. Sr. D. José Pérez Fernández. Es recurso interpuesto por Construcciones Q. S. A. contra resolución del Subsecretario de Educación, por delegación del Excmo. Sr. Ministro del Departamento 5 Junio 1981, sobre resolución de contrato para la construcción de una escuela de E. G. B. en la localidad de Cuellar (Segovia). El 18 Mayo 1976, es aprobado el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato celebrado entre la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar y la Empresa de Construcciones Q., S. A., para la ejecución de la obra de construcción y reforma adicional de un Colegio Nacional de E. G. B. de 16 unidades en Cuéllar, a realizar en 14 meses y tras la aprobación del Proyecto, del expediente de gastos y de la celebración de la correspondiente subasta, se resuelve la adjudicación de la obra definitivamente por un importe de 29.314.675 ptas. en 15 Julio 1976. En 22 Septiembre 1976, se formaliza el contrato en escritura pública y dos días más tarde se extiende el acta de comprobación de replanteo con resultado positivo y con la autorización para comenzar las obras. En 11 Octubre 1977, el contratista solicita seis meses de prórroga en la realización de la obra, puesto que debido a la falta de mano de obra se han producido retrasos considerables, lo cual es aceptado por la Administración en resolución de 31 Diciembre 1977, señalando la nueva fecha de terminación del contrato el 25 Mayo 1978. El 16 Octubre 1978, se autoriza la modificación del contrato por Reforma del Proyecto, debido a la modificación de algunas unidades de obra, sustitución de materiales de ejecución de obras e introducción de algunas nuevas con un presupuesto de adjudicación de 5.795.470 ptas. y plazo de ejecución de dos meses según consta en el contrato administrativo en que se formaliza esta modificación en el que también se acredita haber constituido la fianza correspondiente por un importe de 257.892 ptas. En 24 Octubre 1979, el Arquitecto Jefe de la Unidad Técnica propone la resolución del contrato por retraso de la obra que está parada sin justificación, lo que así se acuerda en 4 Octubre 1979. Que frente al criterio de la Administración de que el ritmo de las obras fue lento durante el año 1978; que las obras se paralizaron entre el 2 Enero 1978, y 15 Diciembre 1978; que nuevamente fueron paralizadas entre el 31 Enero 1979, hasta el 31 Mayo 1979; que continuaron a ritmo lento hasta su paralización en 10 Octubre 1979, se alza el criterio del contratista, encaminado a demostrar que las sucesivas paralizaciones de las obras no fueron imputables a su gestión sino a la propia Administración, la que para corregir los defectos apuntados se vio obligada a otorgar el Reformado Adicional de que se ha hecho expresa mención y que pone en evidencia esa falta de diligencia en la gestión que se apunta, «por cuanto la Administración debe contratar proyectos -como dice el Informe del Consejo de Estado- que contengan todas las prevenciones necesarias para que puedan cumplirse con exactitud en su desarrollo sin producirse retrasos que han de consentir y legitimar a través de reformados»; pero de todo ello no pueden deducirse los efectos pretendidos por el contratista, porque si es verdad que el plazo de terminación de las obras quedó novado por las incidencias acaecidas y por la formalización del Reformado proyecto inicial y que las demoras pudieran ser imputadas a esas necesidades surgidas, ello no es óbice para paralizar la decisión unilateral y propia de la obra, ni menos para pretenderse invocar ahora un mutuo acuerdo que ponga fin a la relación contractual, sin las paralizaciones que lleva impuestas la decisión propia.

es consecuencia legal obligada la del Art. 137 del Reglamento que faculta a la Administración para optar por la resolución del contrato con pérdida de fianza, siendo referencia obligada de esta prevención legal la del Art. 160 del propio Reglamento que dispone que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá además indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios, pérdida de fianza de la que cumple hacer especial mención, ya que la concesión una vez otorgada integra un estatuto de derechos y obligaciones que por su carácter recíproco obligan a las partes al estricto cumplimiento de las mismas y si la fianza exigida lo fue para asegurar el cumplimiento de lo clausulado no habrá de proceder su devolución como se interesa por el contratista.

Que el Estatuto jurídico que regula los derechos y obligaciones de las partes en litigio no permite una interpretación como la ofrecida por el recurrente en torno al mutuo acuerdo que propugna como causa de resolución del contrato tipificada en el Art. 52.7 de la L.C.E. y ello en razón a que la Administración sólo deberá prestar su consentimiento a la resolución del contrato por mutuo acuerdo sin existir causas para la misma por culpa del contratista, razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, supuestos que no concurren en el que ahora se contempla, pues ha quedado razonado, hasta qué punto se ha producido esa responsabilidad por parte del contratista con la consecuencia última de paralización de la obra lo que genera la aplicabilidad del Art. 131.3 del Reglamento al disponer que la paralización total de las obras o la suspensión definitiva de las mismas sólo podrá verificarse por motivo grave y mediante acuerdo del órgano que celebró el contrato correspondiente a propuesta del facultativo competente de la Administración; facultad decisoria que ha quedado desconocida por el contratista.

Se puede citar un asunto de 1992²²⁷. Habiendo rescindido el Ayuntamiento de Madrid las obras que tenía adjudicadas a Empresa Constructora para las obras de reparación y adecentamiento del Pabellón de Agricultura de la Feria del Campo, bajo pretexto de resultar de cumplimiento imposible el contrato ante la necesidad de acometer obras de mayor coste no previstas en el inicial proyecto, la Empresa Constructora interpuso Recurso Contencioso Administrativo en demanda de indemnización de daños y perjuicios, que fue resuelto por la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Madrid de 25 de Enero de 1.989, que estimando el Recurso, condenó al Ayuntamiento de Madrid al abono de 1.394.694 ptas. El Ayuntamiento de Madrid, frente a la Sentencia apelada, argumenta, en primer lugar, que se rescindió las adjudicaciones de obras hechas en su día a favor de la entidad «C. Empresa Constructora S.A.», porque las obras adjudicadas revistieron una envergadura mayor de la prevista, lo que equivale a una imposibilidad sobrevenida que debe imputarse también, a la empresa adjudicataria, por carecer ésta de la entidad y medios suficientes para realizar las obras. De esos hechos no se desprende que en la ejecución de las obras hayan surgido dificultades extraordinarias para el cumplimiento del contrato, ni jurídicas ni económicas. Los hechos constatados en el expediente, reflejan que la Administración acordó rescindir la adjudicación efectuada a la empresa «C. Empresa Constructora S.A.», para la ejecución de las obras de las Fases

²²⁷ Ver S.T.S. de 14 de Febrero de 1992, Ar.2255, Recurso núm. 1489/1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Eladio Escusol Barra.

I y II para la reparación y adecentamiento de Pabellón de Agricultura de la Feria del Campo, por resultar de cumplimiento imposible dada la necesidad de acometer obras de mayor coste o importancia en dicho edificio, no previstas en aquéllas relativas a su cubierta y seguridad, de donde se deriva la modificación total de los proyectos adjudicados en su día, de conformidad con los Arts. 65.2 y 70 del R.C.C.L. Por lo tanto, no apareció una imposibilidad sobrevenida que pueda ser imputable al contratista. Lo que refleja el expediente administrativo es que los servicios técnicos no se percataron de la entidad de las obras que era necesario realizar. Y sólo después se dieron cuenta de que era necesario emprender la ejecución de obras de mayor entidad que las inicialmente proyectadas. La falta de previsión por parte de la Administración al realizar y aprobar los proyectos y presupuestos iniciales, no puede imputarse al contratista. Tampoco puede ser aceptado que la resolución del contrato de las obras referidas fuera por mutuo acuerdo de la Administración y el contratista. El acuerdo que rescindió el contrato fue por decisión unilateral de la Administración. La Administración con tal decisión, según consta en el acuerdo por ella dictado, suspendió la adjudicación que había sido con anterioridad otorgada a la empresa actora y acordó devolver al contratista las fianzas constituidas: por ello, el contratista tiene derecho a ser indemnizado de los daños que el acto de la Administración haya producido [Art. 53.3 de la L.C.E., y Art. 162.1 de su Reglamento, normas a tener en cuenta a tenor de lo dispuesto en el Art. 112.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el RD Leg. 781/1986, de 18 Abril, y Art. 70 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales].

3.5. Otros supuestos.

En primer lugar podemos referirnos a un caso de 1981²²⁸. Por Orden Ministerial de 17 de Octubre de 1.970, previo concurso subasta, se adjudicaron definitivamente a la Empresa Silvio, las obras de construcción de edificio para Instituto de Enseñanza Media en Erandio (Vizcaya), por un importe de contrata de 29.379.505 ptas. Otorgan la correspondiente escritura en 17 de Diciembre de 1.970, adjudicándose definitivamente a la citada Empresa las obras relativas a la cimentación especial par pilotes, por un importe de contrata de 9.165.544,71 ptas., otorgándose la correspondiente Escritura Pública en 8 de Marzo de 1.972. En 2 de Abril de 1.973, la empresa adjudicataria solicitó de la Administración la actualización de los precios de todas las unidades que comprendía el presupuesto de ejecución de las obras de construcción del mencionado Instituto, manifestando la Sección de Ejecución de Contratos con fecha 19 de Mayo de 1.973, que no cabía la posibilidad de dicha actualización de los precios, sino sólo su revisión, solicitándose, en consecuencia, por la empresa adjudicataria la resolución del contrato con devolución de la fianza y abono del beneficio industrial. En 31 de Marzo de 1.976 el Servicio de Gestión de Contratos de Obra formuló propuesta de resolución de contrato con incautación de fianza a la empresa adjudicataria e indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, así como la recepción y liquidación de la obra efectivamente ejecutada, propuesta que fue informada favorablemente por la Asesoría Jurídica del Departamento y por la Intervención General de la Administración del Estado y dictaminada en igual sentida por el Consejo de Estado, acordando el

²²⁸Ver S.T.S. de 2 de Marzo de 1981, Ar.922, Ponente: D. JAIME RODRÍGUEZ HERMIDA. Ver también S.T.S. de 7 de Marzo de 1981, Ar.935, Ponente: D. JAIME RODRÍGUEZ HERMIDA.

Ministerio de Educación y Ciencia, con fecha 24 de Marzo de 1.976 la resolución del contrato de obras (primitivo y adicional), la pérdida de la fianza prestada para las obras de construcción del edificio, la devolución de fianza del adicional de cimentaciones especiales para pilotes, la recepción y liquidación de la obra que hubiera sido ejecutada y la instrucción del expediente del Art. 154 del R.G.C.E. Contra este acuerdo la Empresa interesada interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por resolución del Departamento Ministerial de fecha 17 de Febrero de 1.977. Que la aplicación del Art. 52.3 de la L.C.E., al supuesto enjuiciado, pretendida por la parte recurrente, no puede estimarse por esta Sala; si tenemos en cuenta que junto al proyecto inicial de la obra que nos ocupa, existe otro proyecto de cimentación especial, puesto que la prevista en aquél era inviable, por lo que, en el supuesto de estar suspendidas las obras, que en este primitivo proyecto se contemplan, aún por los plazos estereotipados en el aludido artículo tal suspensión no puede engendrar los efectos postulados por la Empresa de autos, ya que ello sería hacer caso omiso de la existencia de ese otro proyecto de cimentación especial y en particular, de la propia conducta de la parte actora, pues, concedora ésta de la existencia de éste otro proyecto adicional, la misma insistió reiteradamente, se le adjudicara y otorgara, a lo cual accedió la Administración sin cumplir las formalidades al respecto, sin duda, por la concatenación y relación que este nuevo proyecto de pilotaje tenía con el proyecto primitivo, viniendo a ser aquél un proyecto adicional de éste y que la Empresa recurrente tenía que hacer con carácter previo al primitivo, por lo que si la misma solicitó la concesión de este nuevo proyecto, ella subsanó esa suspensión al adherirse de una manera total y sin cortapisa alguna a la conducta de la Administración, apoyándose en que, si la parte actora tiene que realizar las obras principales, es indudable que a ella deben adjudicársele las accesorias a lo que accedió la Administración, con cuyo proceder se obvió la pretensión que intenta formular la parte recurrente, en cuanto que, la suspensión que pudiera haber habido quedó sin efecto por la libérrima y voluntaria conducta de la propia parte recurrente, no debiendo olvidarse que si dicha parte se aprovechó, como tal, de la adjudicación del proyecto especial de pilotaje, precisamente, por ser la adjudicataria de la obra principal, no puede aprovecharse de ello para sostener la resolución por ella postulada, aprovechándose de lo que le conviene y desconociendo lo que le perjudica, no pudiendo ser óbice a lo sustentado la afirmación, por dicha parte sostenida, de que este proyecto de pilotaje es constitutivo de un nuevo contrato y totalmente independiente del primitivo, pues, aparte de que su otorgamiento se hizo a la misma por ser ella la que iba a llevar a efecto la obra principal y ello de modo directo y sin formalidad alguna, lo cierto es que la Administración, en virtud del *ius variandi*, recogido en la vigente legislación como principio del actuar de la Administración, puede acordar modificaciones en los proyectos de obras, sin olvidar la información que se dio a la contrata de autos en diversos momentos y la información que la parte recurrente tenía de la necesidad de llevar a cabo este proyecto de pilotaje, base y presupuesto de la obra principal, prueba de ello es que su adjudicación a la misma se instó de la Administración reiteradamente, aunque la parte actora tenía y podía hacer uso de la facultad de exclusión que le concede la legislación al respecto para el caso de que el montante de las obras a realizar y a modificar excedieran del 20% del contrato principal u original, de todo lo cual se colige la identidad de objeto, consentimiento y causa en la relación contractual de ambos contratos, siendo los mismos un todo e indivisible, por cuanto el contrato adicional no es más que el presupuesto o base de las obras de construcción que nos ocupan, tal como así también se sostiene por el informe del

Consejo de Estado de 16 de Octubre de 1975, recaído, precisamente, en este expediente, siendo trascendente al respecto el convenida través del cual se adjudicó este último proyecto y que aparece como justificado como derivado y en conexión con otro precedente, el de la construcción de las obras de litis, cuya subsistencia y permanencia es la única razón que puede justificar la adjudicación directa de la cimentación a la misma Empresa, por lo que resulta ser estas nuevas obras adicionales, necesarias, previas y presupuesto para la ejecución de las primitivamente contratadas, sin posibilidad de conceptuarse como susceptibles de un nuevo contrato, de ahí el apresuramiento y reiteración con que la Empresa, adjudicataria de las obras de construcción, pretendió de la Administración la adjudicación directa de este proyecto de pilotaje, escritos de, la misma de 7 de Mayo de 1971, y 22 de Junio de 1971, por todo lo cual, al adjudicarse estas obras adicionales el 20 de Noviembre de 1971, y recibidas el 14 de Mayo de 1973, la suspensión anterior quedó enervada por la confección, existencia y efecto de estas últimas obras de indudable que no existe suspensión alguna que pueda culpar a la Administración de incumplimiento de contrato, teniendo en cuenta que la resolución del contrato de autos se instó por la parte actora el 20 de Mayo de 1.973, sin seguir las obras principales, una vez terminadas las adicionales, incurriendo en la suspensión de aquellas sin causa que lo justificare y por tiempo indefinido. Que, tampoco puede acoger la Sala el incumplimiento del contrato, decimos cláusulas del contrato de litis por parte de la Administración, y que el Art.52.1 considera también como causa de resolución, puesto que lo cierto es que la Administración elaboró unos proyectos, el primitivo y el adicional, que fueron aceptados por el mismo sin reserva alguna, suscribiéndose al efecto las actas de comprobación de replanteo por ambas partes y de total conformidad, a excepción del pilotaje que, como se razonó, tal proyecto quedó dentro del *ius variandi* que ostenta la Administración y que la parte recurrente pudo obviar si así lo hubiere manifestado, cosa que, ni siquiera, indiciariamente solicitó, antes al contrario, conocedor del mismo y de su contenido, instó su adjudicación directa, como así se hizo. Que por el contrario, el incumplimiento del contrato de autos por parte del contratista aparece con toda claridad, pues, terminadas las obras de pilotaje en Diciembre de 1972, las principales no se reanudan al objeto de terminarlas en plazo, quedando paralizadas por su culpa, paralización que constituye la *ratio legis* de esta resolución, paralización que sostuvo la parte recurrente a pesar de las advertencias que por parte de la Administración se le hicieron, concretamente el 14 de Febrero y 19 de Mayo de 1973, es decir, después de estar finiquitado el proyecto de pilotaje, de ahí que esta paralización, a tenor de los Arts. 45 y 52.1 de la Ley de 8 de Abril de 1.965, originara las consecuencias previstas en el Art. 53.1 recogidas correcta y explícitamente por las resoluciones recurridas, y, en tal sentido, las mismas han de ser confirmadas.

En segundo lugar podemos abordar el caso de la resolución solicitada por la Administración frente a solicitud de modificado que lleva al contratista a suspender la obra. El Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico convocó una licitación para el contrato de obras de construcción del pabellón y las pistas de exámenes del Centro de Exámenes de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres²²⁹. El nuevo Centro de

²²⁹Dictamen del Consejo de Estado de 5 de Julio de 2012. Número de expediente: 646/2012 (INTERIOR). Referencia: 646/2012. Asunto: Expediente instruido a instancia del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico sobre la propuesta de resolución del contrato de obras, expediente 0100DGT17624

"Obra de construcción del pabellón y pistas de exámenes, ejecución del Centro de Exámenes de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres". Los exámenes y pruebas prácticas para obtener el permiso de conducir en Cáceres se celebraban en una pista instalada sobre un terreno cedido por el Ayuntamiento de la ciudad. El plazo de cesión del terreno estaba próximo a finalizar, de modo que se hacía necesario disponer de una nueva pista para exámenes. En las nuevas instalaciones, por otra parte, podría acometerse el proceso de informatización de las aulas en las que se llevan a cabo los exámenes, dentro de un plan general de mejora del sistema que se está aplicando en toda España. El 12 de mayo de 2010, la Dirección General de Tráfico aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación por el procedimiento abierto de las obras de construcción de pabellones y pistas de exámenes del Centro de Exámenes de Cáceres, con un plazo de ejecución de doce meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo. El contrato fue adjudicado, tras valorar 56 ofertas, a..., en la cantidad de 1.226.506,07 €. El 16 de Septiembre de 2010, se constituyó una garantía mediante seguro de caución, por importe de 61.325,30 €. Y finalmente, el 28 de Septiembre de 2010, el Director General de Tráfico adjudicó definitivamente el contrato a..., S. El contrato se formalizó, el 4 de Octubre de 2010, en documento administrativo, por un precio total, con impuesto sobre el valor añadido, de 1.447.277,16 €. El 4 de Noviembre de 2010, se levantó un acta de comprobación del replanteo en la que se hizo constar que el proyecto era viable, sin manifestación de reserva alguna, si bien el Director de las obras no autorizó su inicio al no haberse aprobado aún el Plan de Seguridad y Salud. El 19 de Noviembre de 2010, el Arquitecto Director de la obra hizo constar que con esa misma fecha había sido aprobado el Plan de Seguridad y Salud y autorizó el comienzo de la obra, consignando como día de inicio para el cómputo del plazo el mismo 19 de Noviembre de 2010. El 30 de Noviembre de 2010, se tramitó la primera certificación de obras, por importe de cero €. El 30 de Diciembre de 2010, se tramitó la segunda certificación de obras, por importe de 9.999,99 €, si bien, realizados los descuentos pertinentes, el reconocimiento de obligaciones quedó en cero €. En esta certificación se hace referencia a los conceptos de movimiento de tierras y seguridad. Se instalaron las vallas y se limpió el terreno, instalando sobre él una caseta prefabricada. Los descuentos contables se refieren a la licencia de obras, cuyo importe había adelantado la Administración, y los pagos por la publicación de anuncios en el BOE. El 30 de Enero y el 28 de Febrero de 2011. Se tramitaron las certificaciones tercera y cuarta, por importe de cero €. El 16 de Marzo de 2011, el Departamento de Proyectos de SEGIPSA (Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S. A.) elaboró un informe sobre el estado de la obra, en el que decía que en los casi cuatro meses transcurridos desde el acta de inicio de la obra apenas se había ejecutado nada, tan solo el desbroce e implantación de alguna caseta. La empresa proponía la realización de un proyecto modificado con cambios importantes y de concepto sobre el proyecto primitivo para poder asumir la obra, pero la Dirección Facultativa discrepaba de los argumentos empleados. La propuesta de la empresa tenía dos puntos esenciales, el primero basado en que el Ayuntamiento de Cáceres había obligado a cambiar el punto de enganche de la acometida de saneamiento del edificio, lo cual obligaba a su vez a hacer una excavación en mina, pues el vial dependía de Carreteras. El precio propuesto por la empresa había sido analizado desfavorablemente por la Dirección Facultativa debido a su elevada cuantía. Por otra parte, la adjudicataria entendía que el firme proyectado de la pista no era el correcto, argumento que no es aceptable a la vista de la experiencia de la Dirección General de Tráfico en obras de este tipo. La contratista, el 29 de Marzo de 2011, presentó un escrito dirigido al órgano de contratación, en el que señalaba que ya había puesto de manifiesto a la Dirección Facultativa la imposibilidad de llevar a cabo la acometida de saneamiento de acuerdo con lo proyectado, cuya subsanación requería una modificación. Entendía que era imposible iniciar la obra, puesto que las dos soluciones que podían adoptarse para dar salida a las aguas de saneamiento eran opuestas en la parcela y ello condicionaba las pendientes de la red y añadía que la composición del firme para las pistas de exámenes incumplía la normativa vigente para firmes de tráfico. Solicitó, por tanto, la paralización parcial de la obra en tanto no quedase definido un proyecto de construcción acorde a las circunstancias. La Dirección General de Tráfico comunicó a la contratista, tras recordar el régimen de responsabilidad por demora, que no aceptaba tramitar un procedimiento modificado. La requería para que manifestara si estaba dispuesta a ejecutar las obras a las que se había comprometido. La contratista presentó un escrito en el que decía tener gran interés en ejecutar el contrato, aunque a su juicio existía un problema ajeno a la empresa, cual era la imposibilidad de llevar a cabo la acometida de saneamiento prevista en el proyecto. Insistía, por otra parte, en que la composición del firme debería modificarse. Todo ello determina la necesidad de tramitación de un modificado. El 29 de Abril de 2011, la Dirección Facultativa emitió un informe sobre el escrito anterior en el que decía que las obras del proyecto se podían realizar independientemente de la solución definitiva

de la acometida de saneamiento, pues la red horizontal no variaba y se podía ejecutar hasta el último pozo de conexión dentro de la parcela. Agregaba que, una vez solventado con el Ayuntamiento el punto de acometida, se procedería a ejecutar un colector general con la pendiente necesaria, así como la obra en mina para la conexión con el alcantarillado público, algo que podría realizar o la empresa que la propiedad designase. Por lo que se refiere a la composición del firme, entendía que debe realizarse con arreglo al proyecto de ejecución, que incorporaba el anexo de calidades de la Dirección General de Tráfico, con experiencia en este tipo de obras. A pesar de la insistencia de la Administración en estos argumentos, la obra estaba paralizada desde Diciembre de 2010, ya que la empresa se resistía a iniciarla hasta que se tramitara el modificado. A este informe se adjuntaba un anexo con distintos documentos sobre las gestiones realizadas con la empresa contratista, del que destacan los siguientes: a) Escrito de la contratista, de 11 de Diciembre de 2010, que, tras referirse al asunto de la acometida de saneamiento, detallaba ciertas "incidencias detectadas en los precios descompuestos del proyecto", por un importe total de 243.823,29 €. b) Contestación de la Dirección Facultativa al escrito anterior. c) Escrito de la contratista, titulado "Viabilidad Centro de Exámenes de Cáceres", de 18 de Febrero de 2011, con distintas variaciones sobre el proyecto. d) Contestación de la Dirección Facultativa al escrito anterior, de 26 de Febrero de 2011. Además de referirse a los detalles expuestos, concluía que no tenía ninguna intención de "variar los materiales ni la calidad" del proyecto. e) Cartas de la Dirección Facultativa anejas a las certificaciones de Enero y Febrero de 2011, en las que señalaba que solo se había realizado un primer desbroce, vallado y colocación de casetas en el año 2010 y que se estaba incumpliendo el planning sin justificación alguna, pese a que se había advertido al jefe de obra del retraso que suponía la inactividad. f) Escrito de la contratista de 3 de Marzo de 2011, en el que valoraba la acometida de saneamiento, en presupuesto de ejecución material, en 354.836,91 €; y en presupuesto de ejecución por contrata en 498.261,99 €. g) Contestación de la Dirección Facultativa al escrito anterior, de 4 de Marzo de 2011. Adjuntaba dos ofertas de dos empresas distintas, en las que los subcapítulos 27.1 y 27.2, integrantes de la acometida de saneamiento, se valoraban en 13.967,85 € y en 14.695 €, respectivamente. Mediante oficio de 16 de mayo de 2011, la Subdirectora General Adjunta de Administración Económica de la Dirección General de Tráfico comunicó a la contratista que se optaba por la resolución del contrato con incautación de la fianza definitiva, por incumplimiento de las obligaciones de la adjudicataria. Se concedió audiencia a la adjudicataria y a la aseguradora que había prestado la garantía. La empresa contratista presentó un escrito de alegaciones en el que insistía en que la ejecución del saneamiento estaba pendiente de la decisión que adoptase el Ayuntamiento y que ello obligaba a redactar un modificado, pues las dos alternativas posibles no estaban recogidas en el proyecto. Entendía que el firme de las pistas no cumplía la normativa vigente para firmes de tráfico 6.1 IC, que la obra no era completa, pues no podía ser entregada al uso público, y que una ejecución parcial era contraria a lo previsto en el contrato. Concluía con la petición de suspensión de las obras y de elaboración del proyecto modificado. El 22 de Junio de 2011, la Dirección Facultativa informó, en relación con las anteriores alegaciones, que las obras recogidas en el proyecto se podían realizar independientemente de la solución que se adoptase respecto de la acometida de saneamiento, pues la red horizontal no variaba y podía ejecutarse hasta el último pozo del interior de la parcela. Entendía que la composición del firme debía ser la prevista en el proyecto. Octavo La Abogacía del Estado en el Ministerio del Interior informó favorablemente la propuesta de resolución. El expediente fue remitido al Consejo de Estado con una propuesta de resolución en la que se entendía que el contrato habría de resolverse por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y por la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, de acuerdo con lo previsto en el Art. 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el apartado 15 del P.C.P.A.. Se señalaba que la conducta de la contratista había perjudicado al interés general, al no poder la Administración disponer del uso de las instalaciones de la pista de exámenes de Cáceres, y se apreciaba que con la incautación de la garantía definitiva la Administración quedaba resarcida de estos perjuicios. En el expediente citado, el Consejo de Estado emitió el dictamen 1.622/2011, de 24 de Noviembre, en el que se razonaba sobre la aplicación de la caducidad, regulada en el Art. 44 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Con cita de la línea jurisprudencial más reciente en la materia, el Consejo de Estado concluyó que era procedente declarar la caducidad del procedimiento, sin pronunciarse sobre los aspectos sustantivos del asunto consultado. En el dictamen se señalaba, por otra parte, la procedencia de una mejor cuantificación de los daños que la contratista ha causado a la Administración. Se solicitó un nuevo informe de la Dirección Facultativa sobre el estado de las obras y

Exámenes era necesario tanto para poder implantar los nuevos sistemas informáticos como por el vencimiento del plazo de cesión de los terrenos donde se ubicaban las viejas instalaciones. La adjudicación del contrato, a favor de..... tuvo lugar el 28 de Septiembre de 2010, por un precio total, con impuesto sobre el valor añadido, de 1.447.277,16 € y para un plazo de ejecución de doce meses. La fianza se constituyó mediante seguro de caución, por importe de 61.325,30 €. El expediente de resolución ha sido bien tramitado y consta que se ha concedido audiencia tanto a la contratista como a su avalista. Ha sido ampliado el plazo de resolución mediante acuerdo que se ha notificado a los interesados, ya que el Art. 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, habilita a la Administración para suspender el plazo máximo de resolución de un expediente cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, siempre que se lleve a cabo la preceptiva notificación al interesado. Consta también el informe favorable de la Abogacía del Estado. El expediente ha sido enviado al Consejo de Estado en el entendimiento de que la empresa se opone a la resolución del contrato y le resulta aplicable la Ley 30/2007, de 30 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, en atención a la fecha de su adjudicación, el 28 de Septiembre de 2010. Coincide el Consejo de Estado con la propuesta y con la Abogacía del Estado en que procede resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista. Ha quedado acreditado en el expediente que la obra, que hubiera debido comenzar el 19 de Noviembre de 2010, no se ha ejecutado. Desde entonces y hasta hoy, no se ha avanzado en ella, salvo un desbroce que ha devenido inútil. La contratista

los daños que los intereses públicos habían sufrido por el incumplimiento. En escrito de 9 de Enero de 2012, se hace constar que la demora en la ejecución de la obra ha determinado un retraso en el proceso de informatización de los exámenes para obtener el permiso de conducir, gastos que en otras provincias se han evaluado en 61.000 €. Por otra parte, han sido muchos los alumnos aspirantes que no pueden obtener su permiso con las mismas pruebas que en el resto de España. Hasta que el contrato no se resuelva no se puede abrir una nueva licitación. Y el terreno en que se encuentra la pista actual no ha podido ser recuperado por el Ayuntamiento de Cáceres. El 12 de Enero de 2012, se incoa un nuevo procedimiento de resolución del contrato, en el que se concede audiencia al contratista y su avalista. En el informe de 18 de Enero de 2012, de SEGIPSA se hace constar que nada se ha hecho en la obra en 14 meses, de tal modo que la hierba desbrozada ha vuelto a crecer. Al informe se adjunta un reportaje fotográfico en el que se puede apreciar el estado de la parcela. En escrito de 27 de Enero de 2012,..... comparece para señalar que la valoración de los daños causados a la Administración es insuficiente y poco precisa. Los conceptos a los que se refieren los informes nada tienen que ver con el objeto del contrato. Se redactó una nueva propuesta de resolución en la que se valoran los argumentos de la contratista, que no alcanzan a desvirtuar la calificación del incumplimiento como culpable. Se añade que se han causado daños a los intereses públicos en cuanto la obra no se ha ejecutado y se estima que la valoración de los daños es concluyente, de manera que procede la resolución del contrato con incautación de la fianza, en la cuantía de 61.325,30 €. La Abogacía del Estado, el 22 de Febrero de 2012, informa desfavorablemente el expediente, ya que el cálculo de los daños no aparece desglosado o justificado. Estima, por otra parte, que el nuevo expediente podría, a la vista de las fechas, incurrir de nuevo en caducidad. El Servicio de Patrimonio de la Dirección General de Tráfico presentó un informe el 21 de Marzo de 2012, especificando la valoración económica que realizaba sobre el coste de informatizar el aula de exámenes teóricos de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres. La instalación eléctrica, el cableado, los sistemas de alimentación, el mobiliario y los nuevos equipos informáticos sumaban 62.076,26 €. Décimo tercero Por resolución de la Directora General de Tráfico se amplía el plazo para resolver el expediente, teniendo en cuenta que se han incorporado nuevos datos y es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. El acuerdo tiene fecha de 2 de Abril de 2012. Fue concedido a los interesados un nuevo trámite de audiencia, con notificación del acuerdo. En escrito de 4 de Abril de 2012 comparece... en nombre de... , e insiste en que es preciso tramitar un modificado para poder concluir satisfactoriamente la obra. Añade que la valoración de los daños causados a la Administración no se corresponde con el objeto del contrato.

entiende que la ejecución de la obra exige la tramitación de un modificado para variar las acometidas de saneamiento, que ha valorado, en presupuesto de ejecución material, en 354.836,91 €; y en presupuesto de ejecución por contrata, en 498.261,99 €. La Administración ha aportado dos ofertas de dos empresas distintas, en las que la acometida de saneamiento se valoraba en 13.967,85 € y en 14.695 €, respectivamente.

Por otra parte, la adjudicataria insiste en la necesidad de modificar el firme de las pistas sin que sus argumentos puedan prevalecer sobre los que esgrime la Administración, que cuenta con una larga experiencia en este tipo de obras. Se aprecia, en suma, que la adjudicataria no solo no ha ejecutado la obra sino que se ha opuesto sin justificación a las órdenes e instrucciones de la Administración de forma tan reiterada que su conducta podría ser calificada como cercana al desistimiento. El Art. 206 de la L.C.S.P., prevé entre las causas de resolución tanto la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista como el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, causas a las que se remite el P.C.A.P. En concreto, el pliego en su apartado 15 prevé que será causa de resolución tanto el incumplimiento del plazo total señalado para la realización de la prestación como el incumplimiento de los plazos parciales, cuando en este último supuesto el incumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente el incumplimiento del plazo total. Procede, pues, resolver el contrato por incumplimiento imputable a la contratista. En cuanto a los efectos de la resolución se prevé, en el Art. 208 de la L.C.S.P., en la redacción que resulta de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. Entiende el Consejo de Estado que de los datos que obran en el expediente se desprende que el incumplimiento culpable del contratista ha causado daños y perjuicios a la Administración. La razón por la que se acomete la obra no era otra que la solicitud del Ayuntamiento para recuperar los terrenos en los que se instaló en su momento el Centro de Exámenes, lo que no ha sido posible hasta la fecha. Entre la fecha prevista para la puesta en marcha de las nuevas instalaciones, que hubieran debido estar disponibles el 19 de Noviembre de 2011, hasta hoy los solicitantes se han examinado en condiciones distintas a las del resto de los candidatos de otras provincias. La Administración ha abonado al contratista 9.999,99 € en la segunda certificación, girada el 30 de Diciembre de 2010, sin que el desbroce pagado tenga utilidad alguna en estos momentos. Y a todo ello se ha de sumar el dato de que la Administración se ve obligada a convocar una nueva licitación. Sin embargo, el Consejo de Estado no puede coincidir con la propuesta en lo que se refiere a la valoración que de estos daños ha hecho la Administración. Esta valoración pretende imputar al contratista el precio de la instalación de los equipos informáticos en el nuevo edificio, instalación que se habrá de hacer en todo caso y que no guarda relación con el objeto del contrato. No cabe duda de que el incumplimiento culpable del contratista supone un daño a los intereses públicos pero la cuantificación y valoración de los perjuicios debe hacerse mediante expediente contradictorio, excluyendo de ellos, en todo caso, el precio de instalación de los equipos informáticos en el nuevo edificio. Por otra parte, en el caso presente, no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es

posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen: Que procede resolver el contrato administrativo de obras para la construcción del pabellón y pistas de exámenes de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres, reteniendo la garantía constituida a los efectos señalados en el cuerpo de este dictamen.

3.6. La regulación tras la Ley de Economía Sostenible.

La reforma derivada de la L.E.S., trae un nuevo marco jurídico que es evaluado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 215/2010 del Consejo de Estado relativo al anteproyecto de la misma²³⁰. En conexión con los cambios expuestos, se introducen los siguientes:

- Para el cálculo del valor estimado de los contratos del sector público, se incluye dentro de dicho valor el importe máximo que la modificación contractual pueda alcanzar, cuando ésta se prevea en la documentación que rige la licitación (nueva redacción del Art. 76.1 *in fine*).

²³⁰ En relación con el tema de la consulta al Consejo de Estado se aclara lo siguiente: “La disposición final décimo octava del Anteproyecto da nueva redacción al Art. 195, número 3, b), de la Ley de Contratos del Sector Público, con el objeto de circunscribir la competencia del Consejo de Estado en los procedimientos de modificación contractual a los supuestos en los que se formule oposición por parte del contratista y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 €. Los cambios que esta regulación supone son dos. - En primer término, el porcentaje de afectación del precio se reduce del 20% vigente al 10%. Ello tiene sentido considerando que, de mantenerse el límite en vigor, el Consejo de Estado no intervendría preceptivamente en las modificaciones contractuales no previstas en los documentos de licitación, las cuales, por definición, no pueden superar el 20% del precio primitivo del contrato, por lo que se sustraerían de la consulta obligada a este Cuerpo Consultivo los casos potencialmente más conflictivos. - En segundo término, se limita el dictamen preceptivo del Consejo de Estado a los supuestos en los que exista oposición por parte del contratista a la modificación contractual, precisión que no consta en la regulación vigente. Considera el Consejo de Estado que tal precisión debería reconsiderarse, dado que la intervención de este Cuerpo Consultivo, además de representar una garantía para el contratista, también lo es para el procedimiento de adjudicación de contratos y el principio de igualdad en el acceso a la contratación pública. No en vano, en la mayoría de los supuestos en los que el Consejo de Estado manifiesta una opinión contraria a una concreta modificación contractual, dicha opinión no se funda en una vulneración de los derechos del contratista, sino en que la variación reviste “tal trascendencia que supone en realidad una nueva y diferente contratación”, lo que impide efectuar la modificación del contrato y obliga, en consecuencia, a acudir a una nueva contratación (dictamen del expediente número 587/2004, de 6 de mayo)”.

- Respecto de las causas de resolución de los contratos administrativos, se suprimen los supuestos que habilitan al contratista a pedirla con motivo de las modificaciones que impliquen alteraciones del precio en cuantía superior al 20% del precio primitivo (en la regulación de los contratos de obras Art. 220, de suministro Art. 275 y de servicios Art. 284). El resultado es que, como señala la nueva redacción propuesta para el Art. 202.1, de la L.C.S.P., las modificaciones acordadas por el órgano de contratación son "obligatorias para los contratistas", quienes no pueden solicitar la resolución del contrato con ocasión de tales modificaciones²³¹. Esta situación guarda coherencia con la nueva regulación de la modificación de los contratos. Con la redacción vigente, la posibilidad del contratista de instar la resolución de los contratos administrativos sólo existe a partir de modificaciones de cierta entidad, en concreto, las que representen una alteración del precio superior al 20%, lo que significa, a contrario, que, por debajo de ese porcentaje, las modificaciones son obligatorias. En la regulación proyectada, a falta de previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación de la eventual modificación, ésta no puede superar el referido porcentaje, por lo que, en dicha situación, no cabe la causa de resolución contractual que ahora se elimina; la novedad radica en que el contratista tampoco podrá pedir la resolución si la modificación supera el 20% del precio primitivo del contrato, cosa que sólo es factible si tal modificación está contemplada en los documentos que han de regir la licitación. Por consiguiente, se entiende que la supresión de la posibilidad de resolver el contrato a instancias del contratista con motivo de modificaciones superiores al porcentaje de referencia no genera una situación más gravosa para el mismo, habida cuenta de que ha conocido dicha posibilidad de forma detallada en los documentos de licitación (recuérdese, con indicación expresa del porcentaje al que puede ascender dicha modificación) y de que esta circunstancia ha sido tomada en consideración para el cálculo del valor estimado del contrato.
- Como contrapartida, se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos, cual es "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato" (Art. 206.h) de la L.C.S.P., conforme a la disposición final décima octava del texto remitido). En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (Art. 208.6). En relación con la imposibilidad de ejecutar la prestación inicialmente pactada como nueva causa de resolución contractual específica que únicamente podrá apreciarse la imposibilidad de ejecutar la prestación inicialmente pactada o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse la misma, cuando a ello no haya contribuido la actuación del contratista. A este respecto, no resulta ocioso recordar que la concurrencia de esta causa de resolución de los contratos administrativos lleva aparejada una indemnización a

²³¹Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R, op.cit, p.223, quien señala que el carácter obligatorio de estas modificaciones debe entenderse con la salvedad del Art.217 L.C.S.P en cuanto al desacuerdo sobre la fijación de precios contradictorios.

favor del contratista, de modo que no cabe admitir dicha causa cuando se aprecie un incumplimiento culpable de éste que haya conducido a la situación de imposibilidad o inconveniencia manifiesta de continuar la ejecución contractual²³².

En la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público se afirma que la Ley 2/2011, de 4 de Enero, de Economía Sostenible, aborda también el tema de la aplicación de la causa de resolución del Art. 206 g) de la L.C.S.P y del supuesto de indemnización al contratista establecido en el Art. 208.5 de la propia L.C.S.P.

En lo relativo a la causa de resolución del Art. 206 g) de la L.C.S.P se apunta que la reforma operada por L.E.S., establece una nueva causa de resolución del contrato, cual es la incorporada al Art. 206 g): "La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I". Esta causa de resolución es únicamente aplicable a los contratos administrativos, y ello en razón de la interpretación sistemática de dicho precepto legal, por cuanto que el mismo se encuentra ubicado en el capítulo V del libro cuarto de la L.C.S.P, libro que lleva por rúbrica la de "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos". Ahora bien, la inaplicación de esta causa de resolución a los contratos privados de la Administración del Estado y a los contratos de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles del Estado y fundaciones del sector público estatal no impide la aplicación a estos contratos de la causa de resolución que establece el Art. 92 *bis*.1, párrafo segundo, de la L.C.S.P: "En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes ..." Por lo que respecta al supuesto de indemnización del Art. 208.5 de la L.C.S.P, se señala que dispone este precepto que "cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del Art. 206, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista". Dado que este supuesto de indemnización se anuda a la causa de resolución del contrato establecida en el Art. 206 g) de la L.C.S.P., y puesto que esta última norma es sólo aplicable, como se ha dicho, al contrato administrativo, hay que concluir que dicho supuesto de indemnización sólo es aplicable a los contratos administrativos.

No obstante lo dicho, debe entenderse que, tratándose de contratos privados de la Administración del Estado, así como de contratos de las entidades públicas empresariales, de las sociedades mercantiles del Estado y de las fundaciones del sector público estatal, la resolución de los mismos que proceda en los casos del artículo 92 *bis*.1, párrafo segundo, de la L.C.S.P., dará lugar a la oportuna indemnización al

²³² Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit, recuerda este Dictamen del Consejo de Estado 215/2010, de 18 de Marzo de 2010, antes citado, subrayando como causa nueva, no previstas en la legislación anterior, de resolución del contrato, la prevista en el Art.206.g) L.C.S.P.

contratista. En efecto, si en el ámbito de la contratación regida por el Derecho privado es excepcional la resolución del vínculo contractual por voluntad de una sola de las partes dado lo dispuesto en los Arts. 1091 y 1258 del C. Civil (y demás preceptos concordantes de este texto legal), resulta indudable que la resolución del contrato por consecuencia de la modificación en el supuesto a que se refiere el Art. 92 *bis*.1, párrafo segundo, de la L.C.S.P., debe llevar aparejada la pertinente indemnización al contratista, pues es éste quien de forma singular o particular sufre el perjuicio económico que comporta la regla legal de la resolución del contrato que sanciona dicha norma. Es más, si tratándose de un contrato administrativo, la resolución de éste por causa de su modificación da lugar a indemnización (Art. 208.5 en relación con el artículo 206.g) de la L.C.S.P.), no se aprecia ninguna razón objetiva que justifique que en el contrato administrativo se admita la indemnización y que, en cambio, no se admita en el contrato privado como es el que concierne a una entidad pública empresarial, una sociedad mercantil del Estado o una fundación del sector público estatal; así las cosas, no existe, por lo demás, ningún impedimento jurídico para que una entidad pública empresarial, una sociedad mercantil del Estado o una fundación del sector público estatal puedan aplicar en sus Pliegos de Condiciones el porcentaje que establece el Art. 208.5 de la L.C.S.P., como límite de la indemnización.

BELTRÁN GÓMEZ, A.I.²³³, apunta que en el supuesto de que no concurren los presupuestos, o se excedan los límites establecidos por la ley para la modificación del contrato, el T.R.L.C.S.P. establece la obligación de resolver el contrato, indemnizando al contratista, y efectuando una nueva licitación. Recuerda que estos presupuestos/límites no concurrirán o se excederán:

a) Cuando no exista una razón de interés público para modificar el contrato (Art.219.1 T.R.L.C.S.P.,-202 L.C.S.P.).

b) Cuando no sea posible la modificación del contrato por tener por finalidad adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

c) Cuando no concurren las circunstancias previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación para la modificación del contrato y,

d) Tampoco concurren las circunstancias señaladas por la ley para las modificaciones contractuales no previstas, a las que hace referencia el Art.107.1 T.R.L.C.S.P. (92 *quáter* 1. L.C.S.P) o, concurriendo, alteren las condiciones esenciales de licitación y adjudicación señaladas en el Art. 107.2 T.R.L.C.S.P. (92 *quáter* 3. L.C.S.P.).

En los supuestos señalados en el apartado b) podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los Arts. 171.b) y 174.b). (Art. 105.2 T.R.L.C.S.P -92 *bis* 2 L.C.S.P-).

²³³ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles. (Art. 225.6 T.R.L.C.S.P., -208.6 L.C.S.P.).

En relación con la L.C.S.P., modificada por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de Mayo, la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre, y la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, más recientemente hay que considerar el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de Abril de 2012, que había sido adjudicado, por la Sección de Asuntos Económicos de la Dirección de Infraestructura del Ejército de Tierra, con fecha 5 de Julio de 2011, por importe de 182.978,22 €²³⁴. Resulta del

²³⁴ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 19 de Abril de 2012. Número de expediente: 318/2012 (DEFENSA). Referencia: 318/2012. Asunto: Resolución del contrato de obra "proyecto de adecuación de la depuradora en el Acuartelamiento de Santa Ana, Cáceres". Las obras tenían por objeto la modificación de la depuradora existente en el Acuartelamiento de Santa Ana (Cáceres), con el fin de asegurar su "buen funcionamiento" adecuándola a las necesidades. En los cálculos técnicos realizados se había comprobado que la infraestructura general de la planta depuradora era suficiente para tratar los vertidos que llegaban hasta ella, si bien existían "diversos problemas de funcionamiento" que era necesario resolver, como la ausencia de un aliviadero de crecidas, las deficiencias en la aireación del sistema del reactor biológico o la obsolescencia de la instalación eléctrica de la estación depuradora de aguas residuales. En el pliego de cláusulas administrativas particulares, se incluían, entre otras, las siguientes previsiones: El contratista estaba obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. Se fijaba como plazo general de ejecución el de tres meses, según proyecto, o el menor que ofertase el contratista. Tenían la consideración de plazos parciales los que pudieran expresarse en el proyecto y la documentación complementaria, principalmente el programa de trabajo (cláusula quinta). En virtud de resolución del Jefe de la Sección de Asuntos Económicos de la Dirección de Infraestructura del Ejército de Tierra, de fecha 5 de Julio de 2011, el contrato de referencia fue adjudicado por importe de 155.066,29 € (182.978,22 € con IVA) y un plazo de ejecución de 2,3 meses. La garantía definitiva se fijaba en el 10% del importe de adjudicación, al haber estado la oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad o desproporcionalidad. El oportuno contrato entre la Administración del Estado y la representación de dicha entidad se formalizó el día 18 siguiente. Como se hacía constar en la cláusula cuarta del mismo, se había constituido a favor de la Administración una garantía por importe de 15.506,63 €, según se acreditaba mediante el correspondiente resguardo. En relación con el contrato de referencia, se sucedieron las siguientes vicisitudes: - El 18 de Agosto de 2011, se levantó acta de comprobación de replanteo y suspensión del inicio de las obras. En ella se hacía constar que no era posible el comienzo de los trabajos, por estar pendiente de obtención la licencia de obras. - Concedida la licencia de obras por el Ayuntamiento de Cáceres, el acta de inicio de los trabajos fue suscrita el día 4 de Octubre de 2011, "comenzando a contarse el plazo de ejecución el día siguiente al de la fecha". - El Director de las obras dirigió una comunicación a la representación de la contratista el 3 de Noviembre de 2011, al haberse comprobado que, transcurrido un mes desde la firma del acta de inicio, no se había realizado trabajo alguno referente a las diversas partidas que componían el proyecto. Dado que el plazo total de ejecución era de 2,3 meses, de modo que estaba prevista la

finalización de los trabajos el día 14 de Diciembre de 2011, se solicitaba "el comienzo urgente de dichas obras". - Con posterioridad, el Director de las obras emitió un informe de fecha 24 de Noviembre de 2011 en el que indicaba que desde el día 4 de Octubre anterior se habían realizado llamadas telefónicas sin respuesta a la empresa adjudicataria para saber por qué no comenzaban los trabajos, lo que motivó la remisión de la anterior comunicación mediante burofax el día 3 de Noviembre. Tras recibirlo, contactó con la Dirección de las obras, "señalando la semana siguiente como fecha de comienzo". Por no haberse ejecutado partida alguna durante el mes de Octubre, se tramitó la certificación correspondiente "por importe cero". - La contratista presentó un escrito de fecha 1 de Diciembre de 2011, en el que se solicitaba la resolución del contrato. Se exponía que, tras la comunicación el día 18 de Noviembre anterior "al juzgado del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación" con los acreedores, al amparo del Art. 5 *bis* de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, los proveedores reclamaban el pago al contado del material necesario para ejecutar la obra. Se añadía que, "dada la situación financiera actual", esta forma de pago era inviable para la empresa, por lo que la empresa se veía obligada a pedir la resolución contractual. - Se elaboró una propuesta de liquidación de las obras realmente ejecutadas, firmada el 2 de Diciembre de 2011 por la Dirección de las obras y la contratista, conforme a la cual el importe de los trabajos realizados ascendía a 13.168,93 €, cifra pendiente de abono. Por ello, el saldo de la liquidación contractual ascendía a 169.809,29 € a favor de la Administración. El órgano de contratación acordó el 14 de Diciembre de 2011, iniciar un procedimiento de resolución del contrato, mediante la correspondiente propuesta. En ella se indicaba lo siguiente: En el plano procedimental, se preveía la tramitación de urgencia del expediente, al amparo del Art. 50 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por concurrir razones de interés público, de modo que se redujesen "a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario". Respecto del fondo, se consideraba que la actuación de la contratista no se ajustaba a las prescripciones establecidas para la ejecución, de modo que el contrato debía declararse incumplido, procediéndose a su resolución por culpa de la adjudicataria. Dicha resolución se fundaba en el Art. 206 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, letras f) -incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato- y g) -imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en estos términos-. En cuanto hace al procedimiento, debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, superado el plazo máximo de tres meses para resolver en los procedimientos de resolución de contratos por causas imputables al contratista, ha de declararse caducado el procedimiento, lo que ha llevado al Tribunal a anular diversos actos de resolución de contratos por haberse dictado más allá del plazo legalmente establecido. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 2007, de 13 de Marzo de 2008 y de 9 de Septiembre de 2009, esta última dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, a la vista de los criterios contradictorios que resultaban de algunas resoluciones procedentes de distintos Tribunales Superiores de Justicia. En el asunto sometido a consulta, la incoación del expediente tuvo lugar mediante la propuesta de resolución contractual del órgano de contratación, adoptada el día 14 de Diciembre de 2011, de modo que no se ha producido la caducidad de dicho expediente, toda vez que el plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución ha sido suspendido con motivo del presente dictamen, dado su carácter preceptivo, en virtud de acuerdo dictado el 4 de Enero de 2012. A este respecto, interesa resaltar que el Art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se ha fundado la referida suspensión, prevé que esta se produzca por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe. Por consiguiente, el efecto suspensivo ha de entenderse producido, no en la fecha en la que fue decretada la suspensión, sino en la de la orden de remisión del expediente al Consejo de Estado (que data del 14 de Marzo de 2012, esto es, el último día del plazo para resolver y notificar). En conexión con lo anterior, la referencia a la tramitación de urgencia del expediente, al amparo del Art. 50 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, que contiene la propuesta de resolución por concurrir razones de interés público, con la consiguiente reducción "a la mitad" de los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, ha de ser acotada a los concretos trámites a los que se aplica (entre ellos, el de audiencia, la cual fue concedida por período de cinco días), sin afectar al plazo total para resolver. Por lo demás, el Consejo de Estado considera que, en líneas generales, se ha seguido el procedimiento establecido en el Art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre. Constan, en particular, la audiencia dada tanto al contratista

expediente que, concedida la licencia de obras por el Ayuntamiento de Cáceres, el acta de inicio de las obras fue suscrita el día 4 de Octubre de 2011, "comenzando a contarse el plazo de ejecución el día siguiente al de la fecha". A pesar de ello, y de varias llamadas telefónicas sin respuesta, los trabajos no habían comenzado un mes después, por lo que el Director de las obras dirigió una comunicación a la representación de la contratista el 3 de Noviembre de 2011, instando el inicio urgente de dichas obras. Tras recibir esta comunicación, contactó con la Dirección de las obras para anunciar que iniciaría los trabajos la semana siguiente, si bien, poco después, presentó un escrito de fecha 1 de Diciembre de 2011, solicitando la resolución del contrato, dada la imposibilidad de cumplirlo por los problemas financieros derivados de la solicitud de los proveedores de pago al contado de los materiales necesarios para la ejecución. A la vista de los hechos anteriores, entiende el Consejo de Estado que frente a lo expresado en la propuesta del órgano de contratación, tampoco resulta procedente fundar la resolución contractual en la letra g) del Art. 206 citado, que configura como causa de resolución del contrato la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato.

No debe olvidarse que esta causa fue introducida por la L.E.S. Como resaltaba el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de Marzo (sobre el anteproyecto de esta ley), el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase pre contenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la L.C.S.P., infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de Marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución analizada, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable (apartado 5 del Art. 208 de la L.C.S.P., añadido por la L.E.S).

Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración. Por este motivo, no debe mencionarse la causa de resolución del Art.

como a la entidad que prestó la garantía definitiva, la propuesta de resolución y el informe del servicio jurídico.

206.g) de la L.C.S.P, cuyos efectos, por lo demás, serían distintos de los propios de la resolución contractual por el incumplimiento culpable de la contratista que se aprecia en el presente supuesto.

3.7. Cálculo del I.V.A.

En relación con el tema de la resolución es interesante abordar la cuestión del "Cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato supone una determinada modificación del mismo". Se plantea la duda si en las modificaciones de contratos debía compararse el precio inicial con inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido vigente y el precio del modificado con inclusión del mismo Impuesto pero vigente en el momento del ejercicio de la facultad de modificación.

En la propuesta de modificación del contrato, fechada el 15 de Abril de 1995, se consigna lo siguiente: "Por resolución de la Dirección General de Carreteras de fecha 30 de Diciembre de 1994, ha sido aprobada la modificación que se examina, que produce un adicional de 171.590.029 ptas. Este modificado supone un incremento del 19,91% sobre el precio del contrato, si se efectúa el cálculo, según criterio de esta Dirección General, aplicando tanto el precio del contrato como al del modificado el tipo de I.V.A. vigente a la fecha de la presente propuesta. En el caso de aplicar al precio del contrato el tipo de I.V.A., vigente en el momento de la adjudicación (15%) y al precio del modificado el tipo vigente en la actualidad (16%) el porcentaje ascendería al 20,09%. "En el informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio fechado el 11 de Abril de 1995, respecto a la cuestión suscitada se consigna la siguiente consideración: "De las actuaciones que obran en el expediente se infiere que la modificación pretendida supone un aumento del 20,09% que rebasa el límite del 20%, por lo que concurre una causa de posible resolución del contrato de obras."

Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada en el presente expediente -la de determinar si, en el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido, tesis de la Dirección General de Carreteras, o teniendo en cuenta los tipos distintos del Impuesto vigentes en la fecha de la adjudicación y de la modificación, tesis del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio-conviene realizar algunas precisiones en relación con la tramitación del expediente y la solicitud de informe que de nuevo se plantea ante esta J.C.C.A.

La Dirección General estima de interés general la consulta acerca del porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato (entendido como presupuesto de adjudicación) supone una determinada modificación del mismo (precio del modificado entendido como el resultado de aplicar el coeficiente de adjudicación, obtenido en la licitación, al presupuesto de contrata del modificado). Tal consulta se planteó inicialmente a la J.C.C.A.²³⁵, dictándose el Informe 15/95, de 8 de Junio de 1995.

²³⁵La Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente plantea a esa Junta la siguiente consulta. 1º.- El Servicio Jurídico del Estado en este Departamento mantiene el criterio, a la hora de calcular el porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato supone una determinada modificación del mismo, de que deben compararse, por un lado, el precio del contrato inicial al que se aplica el tipo impositivo de I.V.A. vigente en el momento de su adjudicación y,

Poco tiempo después, con fecha 4 de Agosto de 1995, tiene entrada en la J.C.C.A., nuevo escrito de consulta de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente²³⁶, consulta que da lugar al Informe 32/95, de 24 de Octubre de 1995.

por otro, el precio del modificado sujeto al tipo de I.V.A. vigente en el momento del ejercicio del "*ius variandi*". 2º.- En relación con lo anterior, debe entenderse qué precio del contrato inicial es el presupuesto de adjudicación del mismo y qué precio del modificado es el resultado de aplicar el coeficiente de adjudicación obtenido a través de la licitación al presupuesto de contrata del modificado. 3º.- Para este Centro Directivo, la interpretación sostenida por el Servicio Jurídico y reflejada en el punto 1º de la presente consulta no es aceptable, puesto que supone la comparación de magnitudes no homogéneas. Y ello es así porque, al efecto de no distorsionar las previsiones normativas, en cuanto a los límites establecidos legalmente, por ejemplo, para que un modificado sea posible causa de resolución, con su consiguiente remisión al Consejo de Estado para su preceptivo informe, deben relacionarse precios o cantidades homogéneas, entendiendo esto último como resultantes de aplicar tanto al precio del contrato inicial como al del modificado el mismo tipo de I.V.A.; o bien el del momento de la adjudicación del contrato, o bien el vigente durante la tramitación administrativa del modificado. La anterior operación se efectúa únicamente con el fin de calcular el porcentaje de alteración que el precio del modificado supone sobre el del contrato original de una forma neutral. 4º.- A solución idéntica nos llevaría la aplicación del criterio vertido por esa Junta, en su informe 4/86, de 28 de Enero de 1986, en el que se indica, con motivo de una consulta acerca del Real Decreto 2.444/1985, de 27 de Diciembre, por el que se reguló la incidencia contractual de la implantación del I.V.A. en los contratos gravados por le I.T.E., de eliminar del precio global del contrato el importe del segundo (I.T.E.), "hallando así el precio cierto o de contrata que ha de servir de base para aplicar el I.V.A.". Es decir, la utilización de esta interpretación nos llevaría igualmente a comparar cantidades homogéneas, puesto que, en este caso, tanto el precio del contrato inicial como el del modificado se verían despojados del I.V.A. vigente en cada momento, fuese cual fuese su tipo impositivo. En consecuencia con lo anterior, se eleva la presente consulta a esa Junta al efecto de obtener el correspondiente dictamen de la Sección de Obras Públicas de su Comisión Permanente sobre la cuestión planteada acerca del sistema correcto de cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio de un contrato supone una determinada modificación del mismo". La J.C.C.A., explica que la cuestión suscitada podría ser resuelta por el órgano consultante, apartándose del criterio del Servicio Jurídico, cumpliendo el requisito de la motivación exigido por el Art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre.

²³⁶Las alegaciones de la Dirección General de Carreteras de fecha 25 de Abril de 1995, fueron las siguientes: "Por otro lado, siendo el sentido final de la contratación obtener, a cambio de una contraprestación por parte de la Administración, la realización de una realidad física o intelectual, la modificación de su objeto, por una necesidad sobrevenida que afecte al interés público, debería articularse de la manera más cercana a la utilización del concepto jurídico-financiero de presupuesto de ejecución material, por tratarse del presupuesto más próximo a la magnitud real que supone el objeto del contrato como elemento esencial del mismo. Avanzando en esta línea argumental, el objeto de un contrato y su posible modificación no pueden verse afectados por una variación circunstancial en el tipo de un impuesto cualquiera que grave esa realidad como hecho imponible, ya que ello nos llevaría al absurdo de tener que considerar el supuesto de que un cambio coyuntural del tipo impositivo podría convertir una modificación encajable en los parámetros normativos ordinarios en una posible causa de resolución de un contrato, dándose la consecuencia no buscada de que el elemento accidental (impuesto) adquiriría mayor transcendencia desde el punto de vista de sus consecuencias normativas que la propia sustancia de la modificación. Así por ejemplo: una modificación de aproximadamente un 17%, que, en principio, no acarrearía consecuencias legales determinantes, si fuera contemporánea de un aumento del tipo impositivo de I.V.A., del 5% al 25%, se convertiría en posible causa de resolución de un contrato y, en todo caso, en elemento desencadenante de una complejidad en la tramitación que no se corresponde con la importancia real de la modificación en sí misma considerada". Como consecuencia de lo anterior, concluye el escrito, "se eleva de nuevo la citada consulta a esa Junta al efecto de obtener el correspondiente dictamen de la Sección de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de la misma, una vez subsanados los defectos formales de que adolecía la petición inicial, y dando por reproducidos los argumentos allí vertidos, que se someten junto con los ahora elaborados a su consideración para

Realizadas ciertas observaciones previas²³⁷ la J.C.C.A., comparte los criterios y conclusiones manejados por la Dirección General de Carreteras en sus diferentes escritos, fundándose en que la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del I.V.A., pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato.

Frente a esta consideración y las que en torno a la misma ha realizado la Dirección General de Carreteras no puede prevalecer la falta de razonamientos del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio en cuanto a la cuestión suscitada, ya que en su primer informe fechado el 11 de Abril de 1995, se limita a consignar que "de las actuaciones que obran en el expediente se infiere que la modificación pretendida supone un aumento del 20,09% que rebasa el límite del 20%" y en su segundo informe de fecha 3 de Mayo de 1995, manifiesta simplemente que "mantiene en su totalidad su informe de fecha 11 de Abril del año actual".

Por lo expuesto la J.C.C.A., entiende que, manteniendo su vigencia el criterio expuesto en su anterior informe de 8 de Junio de 1995 sobre la tramitación del expediente de modificación contractual a que hacía referencia dicho informe, en los supuestos de modificación, el cálculo del porcentaje que representa el precio modificado sobre el inicial no puede realizarse aplicando distintos tipos del Impuesto sobre el Valor Añadido, vigentes en el momento de la adjudicación y en el de la modificación.

determinar el sistema correcto de cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio de un contrato supone una determinada modificación del mismo".

²³⁷La conclusión que la J.C.C.A. sentaba en su informe de 8 de Junio de 1995, conserva plena validez para la nueva consulta, ya que es perfectamente reiterable que la Dirección General de Carreteras, sin informe de la J.C.C.A., sigue teniendo elementos de juicio suficientes para resolver el expediente y así los expresa en los diferentes escritos que se incorporan al mismo y en los de consulta dirigidos a esta Junta y así sobre todo se deduce de la circunstancia consignada en el nuevo escrito de consulta de que "esta Dirección General procede, de forma paralela al planteamiento de esta consulta a esa Junta, a continuar la tramitación ordinaria del expediente con remisión de sus actuaciones a la Intervención Delegada de la General de la Administración del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, como paso previo a la resolución definitiva del expediente modificado". Resulta por tanto ocioso plantearse una posible subsanación de defectos formales que, desde luego, no tienen la virtualidad de desvirtuar la conclusión de la Junta en su informe de fecha 8 de Junio de 1995, ni cabe plantear la presente consulta como una alzada en materia de informes jurídicos, a lo que se opone el ordenamiento jurídico procedimental conforme al cual hay que atribuir a todos los informes, salvo a los vinculantes, el mismo valor en orden a las decisiones que puede adoptar el órgano consultante. Por ello se estima correcta la actuación de la Dirección General de Carreteras en el sentido de continuar la tramitación del expediente y solicitar informe a esta Junta que, por lo indicado, ha de entenderse que se solicita con carácter general y cuya emisión no ha de producir efecto sobre la tramitación concreta del expediente de modificación.

4. Modalidades de modificación.

4.1. Art.106. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.

El Art. 106 establece lo siguiente: “Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M señala que el proyecto procura reproducir en su esencia y literalidad la doctrina del T.J.U.E.

Según DOMÍNGUEZ OLIVERA, R²³⁸, la modificación prevista en el contrato según el Art. 92 *ter* no es propiamente una novación objetiva (Art. 1.203 C. Civil); pues, sin necesidad de variación alguna en su contenido obligacional, es el propio contrato el que ampara la modificación, al fijar sus condiciones y efectos. Precisamente porque la fuerza vinculante de las modificaciones del Art. 92 *ter* deriva del propio contrato, éstas son obligatorias para el contratista tanto en los contratos administrativos (Art. 202 L.C.S.P.) como en los contratos privados.

Sobre las causas previstas en la documentación de la licitación del contrato, COLÁS TENAS, J²³⁹, en relación con el Art. 92 *ter* L.C.S.P, explica que como consecuencia de la nueva regulación de estos supuestos de modificación del contrato, se modifica el Art. 76.1 L.C.S.P., en el sentido de que en el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, la posibilidad de que el contrato sea modificado, se debe considerar valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas. Considera que es obvio, pues, que no sirven las tradicionales «cláusulas de estilo», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición. Señala que sin duda, el precepto es una llamada al rigor en el estudio y la realización de los proyectos técnicos que son objeto de licitación, en el contrato de obras, y de los Pliegos de Prescripciones Técnicas en el contrato de servicios.

²³⁸ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R

²³⁹ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

Detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que puede modificarse un contrato, así como el alcance y límites de las mismas, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello; requiere método, estudio de las necesidades que debe satisfacer el proyecto y su asimilación, conocimiento, investigación de todos los factores que influyen en el resultado que se pretende, examen crítico y sistemático de los modos de ejecución del contrato con el fin de advertir sus variables, trabajo, y, sobre todo, tiempo. Denuncia que el problema es que cuando hay que hacer proyectos como churros, no es de extrañar que salga un churro de proyecto.

En este orden de cosas, recuerda, que el Art. 109 L.C.S.P., establece la obligación antes de la aprobación del proyecto, cuando la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350.000 € de solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos²⁴⁰ encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. Por su parte, la Disposición Adicional 2 L.C.S.P., en cuanto a las entidades locales se refiere, establece que son de aplicación a los contratos de obras las normas sobre supervisión de proyectos establecidas en el Art. 109; indicando que la supervisión podrá efectuarse por las oficinas o unidades competentes de la propia entidad contratante o, en el caso de municipios que carezcan de ellas, por las de la correspondiente Diputación Provincial.

Finalmente, expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.²⁴¹ que lo más probable en la práctica, dada la dificultad con la que se van a encontrar los poderes adjudicadores, para definir a priori los potenciales modificados, es que, en la mayoría de los casos, acudan a contemplar diferentes escenarios en los que varían al alza o a la baja las necesidades a satisfacer, reconduciéndolas a las unidades tomadas como base para calcular el suministro o servicio, entendido este último en el sentido amplio de arrendamiento de servicios del Art. 1.544 del C. Civil (bien sea un contrato de gestión de servicio público, de naturaleza administrativa especial o de servicios), lo que por otra parte, es coherente con la nueva redacción del Art. 76 que dispone que en el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 92 *ter*, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas. Concluye la referencia a esta categoría señalando que, a nuestro juicio, será de escasa aplicación en los contratos administrativos de obras por las siguientes razones: a) Con el carácter de básico el Art. 105.1 de la L.C.S.P., prescribe que el contrato de obras requiere la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato y con el carácter de básico también el Art. 125 del R.G.L.C.A.P señala que los proyectos deberán referirse necesariamente a obras completas, entendiéndose por tales las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que

²⁴⁰ Ver, CASTAÑEDA SÁNCHEZ R. (2004): "Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?". Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, Número 3443, 2004. Págs. 19-30.

²⁴¹ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J,

posteriormente puedan ser objeto y que comprenderán todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra. b) La redacción del Art. 92.2 *bis* aclara que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los Arts. 155.b) y 158.b) según redacción dada en la Ley 2/2011. c) La clase de modificados que se incluyen en la presente categoría en buena medida, en el caso de los contratos administrativos, están cubiertos por el párrafo 2.º del Art. 217.3 de la L.C.S.P., que dispone para los contratos de obras y sólo para estos, que podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación, cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato. d) Por último señalaremos que la Exposición de Motivos de la Ley 2/2011 literalmente dice «en especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la U.E. y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato», lo que parece aludir a que la aplicación natural de los modificados de obra es la propia del Art. 92 *quáter*.

En relación con el porcentaje del precio GARCÉS SANAGUSTÍN, M. señala que el proyecto prevé con acierto, que entre los límites y alcance de las modificaciones se indique expresamente el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar, ya que las modificaciones contractuales provocan tradicionalmente una modificación de facto del valor estimado y, por ende, del precio de los contratos, por lo que debe ser atendida esta incidencia al momento de establecer el precio. BELTRÁN GÓMEZ, A.I.²⁴², explica que la modificación así prevista, supondrá por lo general un aumento en el precio del contrato, tal repercusión no sólo ha de ser tomada en cuenta en la documentación que prevea la modificación, sino que, tal y como señala el Art. 88.1 T.R.L.C.S.P. “En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.” Recordemos que el valor estimado del contrato es tomado en consideración por la ley a múltiples efectos, así para determinar la exigencia de clasificación, la consideración del contrato como sometido a regulación armonizada, etc. También en relación con el tema del porcentaje COLÁS TENAS, J señala que la referencia que hace el precepto, a la necesidad de la «expresa indicación del porcentaje del precio del contrato», es manifiestamente insuficiente. Debería haberse indicado cuál es el porcentaje máximo, del precio del contrato, hasta el cual se admite la modificación —en

²⁴² Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”.

la forma que se establece para las modificaciones no previstas—. Recuerda, a título de ejemplo, como el Art. 105.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de Junio, de Contratos Públicos²⁴³ (EDL 2006/76247), de la Comunidad Autónoma de Navarra, prevé un límite, para la modificación del contrato del 50 % del precio de adjudicación del mismo. Entiende que el ejercicio de la potestad de modificación de los contratos tiene que conocer no sólo límites cualitativos, sino también cuantitativos. DOMÍNGUEZ OLIVERA, R²⁴⁴, añade que el Art. 92 *ter* alude a un porcentaje en relación con el <<precio de adjudicación>>. Sin embargo, algunos contratos, como la concesión de obras públicas, pueden no tener propiamente un precio o, como el suministro, adjudicarse con precios unitarios; lo que debería tenerse en cuenta por el pliego para, conforme al Art. 92 *ter*, adaptar esa regla de cómputo. La L.E.S., ha añadido la exigencia de incluir en el valor estimado el importe máximo de las modificaciones previstas en el pliego. No obstante, las modificaciones del 92 *ter* L.C.S.P., son una eventualidad del contrato; por lo que lo apropiado sería que el pliego distinguiera entre el valor estimado y el presupuesto de licitación (éste sin incluir dichas modificaciones y sobre el que los licitadores formularían sus ofertas). Por último, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J²⁴⁵ apunta que no se contempla en esta redacción un porcentaje máximo del precio de adjudicación que no se pueda sobrepasar, por lo que cualquiera que sea este, será obligatorio para el contratista (ex Art. 202 L.C.S.P según la nueva redacción) eliminándose la posibilidad que preveía en su anterior redacción la L.C.S.P., en el Art. 207.2 párrafo segundo, con carácter general para todos los contratos y en los Arts. 220, 275.c) y 284.c) con carácter específico para los contratos de obras, suministros y de servicios respectivamente, de que el contratista pueda instar la resolución en los supuestos de modificaciones que excedan del 20 por ciento del precio inicial del contrato en más o menos. La supresión de esta posibilidad no cercena o limita derecho alguno al contratista, habida cuenta de que ha conocido dicha posibilidad de forma detallada en los documentos de licitación (con indicación expresa del porcentaje al que puede ascender dicha modificación) y de que esta circunstancia ha sido tomada en consideración para el cálculo del valor estimado del contrato, lo que sería respetuoso también con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Ahora bien, el respeto de estos principios exige el cumplimiento escrupuloso del tenor literal de la norma en virtud de la cual no basta con que se haya advertido expresamente la posibilidad de modificación en los pliegos o en el anuncio de licitación, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales que analizamos más adelante en nuestro trabajo.

²⁴³ Este precepto establece: «Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en las prestaciones que lo integran por motivos de interés público, siempre que concurren circunstancias imprevistas y dichas prestaciones no puedan separarse del proyecto o contrato inicial sin causar graves inconvenientes al interés público, sin que en ningún caso el importe acumulado de las modificaciones exceda del 50 % del precio de adjudicación del contrato».

²⁴⁴ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R

²⁴⁵ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J,

En la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público se afirma que la L.E.S., se analiza el tema del valor estimado del contrato a efectos de exigir clasificación. Como se ha indicado más arriba, el artículo 76, apartado 1, párrafo último de la L.C.S.P., dispone, para el caso de que en el pliego se prevea la posibilidad de modificación del contrato, que "se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas". Es decir, en este supuesto de "modificación convencional" el valor estimado se obtiene sumando al valor del contrato tal y como aparece configurado inicialmente el valor de la modificación que se prevea. Partiendo de la anterior regla, ha de entenderse que el valor estimado del contrato así fijado es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de determinar la exigencia de clasificación a que se refiere el Art. 54 de la L.C.S.P., y ello en razón de dos consideraciones. En primer lugar, si la exigencia de clasificación ha de contenerse inexcusablemente en el pliego y si la redacción del pliego se sitúa en la fase inicial del procedimiento de contratación, es obligado entender que el límite cuantitativo para la exigencia de clasificación a que se refiere el Art. 54 de la L.C.S.P., (contrato de obra de importe igual o superior a 350.000 €; contrato de servicio de presupuesto igual o superior a 120.000 €) está constituido por el valor estimado del contrato (determinado en la forma indicada por el Art. 76.1, párrafo último, de la L.C.S.P.), dado que, se insiste, al tiempo de redactarse el pliego en el que ha de incluirse, cuando proceda, la exigencia de clasificación, el aspecto o elemento cuantitativo del contrato, que es el factor determinante de la exigencia de clasificación, está constituido por el valor estimado, pues en esa fase inicial del expediente de contratación no hay otra referencia o dato del aspecto cuantitativo del contrato. En segundo lugar, aunque el Art. 54 de la L.C.S.P., utiliza el término "importe" para referirse al contrato de obras y el término "presupuesto" para referirse al contrato de servicio, ha de tenerse en cuenta, además de la consideración antes indicada, que de los informes de la J.C.C.A., nos 43/08, de 28 de Julio de 2008, y 26/08, de 2 de Diciembre de 2008, se desprende que los términos "importe", "presupuesto" y "valor estimado" son términos sinónimos que expresan una misma idea o concepto, cual es el de valor del contrato; así, en el informe primeramente citado, se dice que "... con referencia al valor de los contratos la L.C.S.P., utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto, cuyas definiciones se contienen en los artículos 75 y 76 de la Ley y 131 del Reglamento ... "; a la misma conclusión conduce el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 33/10, de 24 de Noviembre de 2010.

4.2. Modificaciones no previstas en la documentación de la licitación del contrato.

4.2.1. Introducción.

El Art. 107 dispone lo siguiente: "1.Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas. b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de

idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos. d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato. e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. 2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. 3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos: a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada. b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación. c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas. d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; En el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite. e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas”.

La regulación de este precepto encuentra su origen dentro de la disposición final decimosexta de la L.E.S., que modificaba el régimen de las modificaciones de los contratos públicos contenido en el Art. 92 *quáter* de la L.C.S.P.²⁴⁶.

²⁴⁶ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R, op.cit, p.251, En el Informe 73/11, de 1 de Marzo de 2012. Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los órganos de contratación sobre la interpretación de algunos aspectos del régimen de modificaciones de los contratos públicos se explica que: “Los Servicios de la Comisión Europea han planteado ante la Administración española la necesidad de que se realice una interpretación uniforme en toda la Unión Europea y coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del nuevo régimen de las modificaciones de los contratos públicos que se contiene en el citado Art. 107. Los Servicios de la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, se han dirigido a las autoridades españolas exponiendo la situación que aprecian en relación con la interpretación que consideran procedente del nuevo régimen de modificaciones de los contratos públicos que se contiene dentro del actual Art. 107 del T.R.L.C.S.P. aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre. Los Servicios de la Comisión Europea manifiestan su conformidad con el nuevo régimen español, cuyo origen se encuentra dentro de la normativa europea y en diferentes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sirven de fundamento para esta regulación, cuyo contenido se encuentra recogido dentro del actual T.R.L.C.S.P. No obstante, realizan una serie de

Desde el plano doctrinal expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J²⁴⁷ que frente a la redacción anterior del Art. 202.2 de la L.C.S.P., que condicionaba la posibilidad de que el contrato fuese modificado a su previsión en los pliegos y en el documento contractual, ahora la L.C.S.P., permite la modificación de los contratos aun no estando prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación cuando esté justificada en las causas tasadas en el apartado primero del Art. 92 *quáter*, no altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, limitándose a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria y no igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato aislada o conjuntamente. No obstante, la obligación que se impone al contratista de ejecutar esta categoría de modificados no previstos, se reconoce una nueva causa de resolución del contrato en el Art. 206 g) L.C.S.P., que podrán instar bien el contratista, ante la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, bien la Administración, en el caso de posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I. En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (Art. 208.6 L.C.S.P.).

BELTRÁN GÓMEZ, A.I.²⁴⁸, apunta que la posibilidad de llevar a cabo una modificación no prevista en la documentación que rige la licitación requiere según previsión establecida en el Art. 107 del T.R.L.C.S.P., que: Concurran y se justifiquen suficientemente alguna de las circunstancias previstas para ello en la ley. No se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación definidas en la ley.

COLÁS TENAS, J²⁴⁹, expone que el Art. 92 *quáter* L.C.S.P., regula las causas imprevistas del siguiente modo: Cuando la modificación del contrato no se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, es necesario que concurra alguna de las circunstancias legalmente previstas para modificar el contrato: a) Se justifique suficientemente su concurrencia, b) No se alteren las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación, y c) Se siga el procedimiento legalmente establecido. Las circunstancias legalmente previstas para modificar el contrato, recogidas en el Art. 92.1 *quáter* L.C.S.P., suponen un intento del legislador de regular objetivamente la previsión de lo imprevisible —cuestión nada fácil, pues por definición lo que es imprevisible no se puede prever— y son de diferente calado y alcance. Añade que hay que tener en cuenta que la complejidad del sector público español, descentralizado como consecuencia del fortalecimiento de la Administración Autonómica y Local y desconcentrado con la creación de un creciente número de entidades públicas, la mayor

precisiones sobre la interpretación correcta que debe darse de algunas de las disposiciones que se contienen dentro del citado Art. 107 del citado Texto Refundido en el que se regula, como indicamos, el régimen de las modificaciones de los contratos públicos. Se dicta la presente Recomendación con la finalidad de recoger y dar publicidad en España a la forma en la que algunos aspectos del régimen legal de las modificaciones de los contratos públicos, deben ser interpretados a la luz de las reglas legales de interpretación de las normas jurídicas y de la jurisprudencia del T.J.U.E en materia de modificación de contratos”.

²⁴⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit.

²⁴⁸ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

²⁴⁹ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

parte de ellas fuera del estricto ámbito administrativo y del derecho público – hay que pensar que solo las comunidades autónomas tienen creados 1.875 entes dependientes, de los cuales el 45% están sujetos a derecho privado²⁵⁰ obliga a que la nueva L.C.S.P., establezca diversos niveles de aplicación en función de la naturaleza del poder adjudicador. La ley se aplica en su rigor máximo a aquellos contratos celebrados por entes del Sector Público que tienen la calificación de Administración Pública. Al resto de contratos, se aplica a un nivel medio o mínimo, en función de si el contrato es o no armonizado, es decir, sujeto o no a las Directivas. Los contratos armonizados representan un 10% de los contratos de todo el Sector Público. Se debe tener en cuenta que el 60% de la contratación española, es llevada a cabo por poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública. La ubicación de un ente del Sector Público en un nivel u otro, debe hacerse a la luz del dictado del Art. 3 de la Ley 30/2007. La tan compleja como artificiosa construcción subjetiva de este artículo, en palabras del Profesor José Antonio Moreno Molina, le ha acarreado el título de ser el más criticado del ordenamiento español por su penosa redacción.

Finalmente, GARCÉS SANAGUSTÍN, M señala que las principales características de este precepto son las siguientes: - Se describen objetivamente las causas de imprevisibilidad, entre las que se incluye “a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.” No parece pertinente considerar como causa imprevisible, al menos desde un punto de vista lógico, la inadecuación del contrato a los errores u omisiones del proyecto, toda vez que por el propio concepto de error u omisión resulta que éste podría haber sido evitado en el caso de una conducta suficientemente diligente. Adicionalmente, se incluye también una cláusula de progreso en la letra “d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.” Este reconocimiento de los avances tecnológicos como causa de modificación del contrato representa una medida positiva y la constatación de que la evolución de determinados sectores durante el período de vida útil de la obra produce desfases tecnológicos sobre el proyecto aprobado que tienen la condición evidente de imprevisibles. Por último, además de la fuerza mayor o del caso fortuito, se introduce el *factum principis* derivado de la aprobación de normas técnicas o sectoriales que, una vez adjudicado el contrato, producen una alteración de las obligaciones de ejecución material de la obra, suministro o servicio: “e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”. - El límite material de la modificación del contrato, tal como se desprende de la actual regulación del Art. 202 de la L.C.S.P., estriba en la prohibición de alterar las condiciones esenciales del contrato, limitándose a introducir las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Con esta finalidad, el proyecto introduce una presunción de casos en los cuales se considera que se produce una alteración de las condiciones esenciales

²⁵⁰ Datos obtenidos del artículo de José Amengual Antich Economista y Vice-Interventor General Comunidad Autónoma de las Illes Balears “El control de los entes instrumentales” Premio Auditoría Pública. Publicado Auditoría Pública nº 49 (2009)

del contrato: en unos casos, esos casos se identifican cualitativamente y en otro caso se fija de manera invariable de manera cuantitativa, ya que se considerará que se produce una modificación de las condiciones esenciales cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato. En el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar ese límite.

Vamos a ver en las siguientes líneas los supuestos concretos y los límites a este tipo de modificados.

4.2.2. Letras a), b) y c).

Se ha planteado la pregunta sobre la causa de la existencia de estas figuras²⁵¹. Se ha recordado que la I.G.A.E. emitió el 30 de Octubre de 2009, un interesante informe sobre la futura normativa adaptada a los requerimientos de la U.E., que dice textualmente: Por lo que se refiere a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, debe eliminarse la ..(referencia) a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto. (..) Por tanto la existencia de errores u omisiones en el proyecto no puede amparar la aprobación de un modificado (como tradicionalmente viene advirtiendo el Consejo de Estado), y ello con independencia de las responsabilidades que en su caso puedan derivarse, así como de si se ha redactado por el propio poder adjudicador o si se ha obtenido a través de un contrato de servicios (que habrá sido objeto de la correspondiente recepción – en el caso de las AA.PP. – o comprobación –en el resto de los casos). Además, en el caso de los contratos administrativos de obras, un proyecto se somete a supervisión y a la aprobación por parte del órgano de contratación; en el resto de los contratos de obras del sector público, es razonable suponer que cualquier proyecto, ya sea propio o encargado, deberá sujetarse a similares comprobaciones. Además, en la práctica, la mayoría de los modificados se basan en omisiones y defectos, reales o ficticios, en el proyecto, por lo que consentir que esos defectos permitiesen que el contrato se modificase sería lo mismo que permitir la modificación del contrato a voluntad, pues bastaría licitar un proyecto defectuoso o que se considere después defectuoso para modificar el contrato.

A la vista de estos se dice: “Con la nueva redacción que se dará a la L.C.S.P., los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando se haya así previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, y siempre dentro del límite del 20% del precio inicial del contrato, en cómputo acumulativo. Y, por supuesto, que no altere las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación. Fuera de esas previsiones, deberá licitarse nuevamente, previa resolución del contrato inicial. Aquí surge el derecho del contratista a ser resarcido, en los mismos términos que en caso de desistimiento de la Administración. También surge la responsabilidad de autor del proyecto por los errores u omisiones en la redacción (Art. 288 L.C.S.P). En fin, será un proceso duro, al principio, pero tanto el órgano de contratación como los directores de obra acabarán olvidándose de estas prácticas, cómodas pero poco transparentes”.

²⁵¹ Ver <http://fiscalización.es>.

Estudiamos estas dos letras conjuntamente por la necesidad de aclarar la diferencia entre ambas para resolver las dudas interpretativas que naturalmente surgen al considerar los problemas que se plantean en la realidad. Seguimos además lo que han hecho varios estudios doctrinales al respecto. Antes hay que señalar que BELTRÁN GÓMEZ, A.I.²⁵², apunta en relación con la letra a) Que su recomendación de 28/03/12 MEH_RECOM Art. 107 la J.C.C.A., del Estado precisa: “La diligencia exigida en el caso de modificaciones producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto, (107.1.b –siguiente-) es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este su apartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) [Ver punto siguiente] del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer su apartado.” En relación con la letra b) apunta que en este supuesto como el anterior, la modificación no podrá ser llevada a cabo si trae como causa una deficiente elaboración del proyecto o especificaciones técnicas, lo que además, debería suponer el inicio de expediente para determinar las responsabilidades al autor del proyecto, contemplado por el propio T.R.L.C.S.P., en sus Arts. 310 a 312, cuando el mismo ha sido elaborado por un tercero ajeno a la Administración en virtud de un contrato de servicios.

En relación con esto hay que hacer referencia a la Recomendación de 1 de Marzo de 2012, de la J.C.C.A., a los órganos de contratación sobre la interpretación del régimen contenido en el Art. 107 del T.R.L.C.S.P. sobre las modificaciones de los contratos (Informe 73/11 arriba citado)²⁵³. Aquí se recuerda que la letra a) debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del Art. 107.1.b), en su último inciso, en cuanto señala que las modificaciones de un contrato público vinculadas a circunstancias geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales y similares que no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato, deben entenderse respetando la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. La diligencia exigida en el caso de modificaciones producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto, es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este su apartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer su apartado.

También hay que considerar el Dictamen nº 215/2010 del Consejo de Estado relativo al Anteproyecto de la L.E.S.²⁵⁴. Apunta que estas dos causas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, si bien, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. En otras palabras, aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto

²⁵² Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

²⁵³ Ver BOE 86- 10.04.12. Sec. III págs. 28911 a 28913. Resolución del 28.03.12.

²⁵⁴ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit, que recuerda el texto de este Dictamen.

o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional. Tales diferencias en el tratamiento tienen fundamento bastante; no en vano, el Consejo de Estado ha tomado reiteradamente en consideración -a la hora de apreciar la concurrencia de "causas imprevistas" como requisito de ejercicio del *ius variandi* el hecho de que la elaboración del proyecto originario no corriese a cargo de la sociedad contratista, a la que resulta ajena cualquier posible deficiencia o imprevisión, pues tal requisito debe ser apreciado "de modo diferente según el contratista sea o no autor del proyecto y por consiguiente tenga o no la obligación contractual de redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la *lex artis* aplicable" (ver, por ejemplo, dictamen del expediente número 403/2006, de 4 de Mayo). Ahora bien, con el objetivo de disipar cualquier duda, convendría revisar la redacción de los dos párrafos transcritos, dejando claro que el primero resulta aplicable al caso de que el contratista no sea autor del proyecto y el segundo al supuesto contrario.

COLÁS TENAS, J²⁵⁵, en relación con la letra a) apunta que sorprende que esta sea una causa objetiva imprevisible, pues los errores u omisiones en la redacción del proyecto deben corregirse mediante la diligencia debida, el celo y cuidado, y la profesionalidad que el autor debe aplicar en la redacción del mismo, tal y como se requiere en el apartado b) del Art. 92.1. El concepto jurídico de «diligencia debida», se contrapone a negligencia o descuido, carencia de quien está obligado a actuar diligentemente, y, además, ha servido de base para la clarificación de las responsabilidades de los autores del proyecto. En no pocas ocasiones el concepto de negligencia se ha equiparado al de culpa. Para este autor la letra b) es un supuesto claro y preciso de causa objetivamente imprevisible que, unido al interés público, justifica la modificación del contrato. Adviértase que aquí sí que se alude a diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto. Por eso en el primer caso, basta con la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida, en atención a una buena práctica profesional.

- **Yacimientos arqueológicos²⁵⁶.**

En relación con el caso de los yacimientos arqueológicos se puede citar un Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha²⁵⁷. Según la Memoria del proyecto las

²⁵⁵ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

²⁵⁶ Véase también S.T.S. de 29 de Octubre de 1983, Ar.5275, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Medina Balmaseda, sobre construcción de edificio en núcleo artístico: adjudicación del contrato: introducción de modificaciones por la Dirección General del Patrimonio Artístico hace que el Ayuntamiento resuelva el contrato resolución del contrato; La contratista solicita Daños y perjuicios.

²⁵⁷ Ver Dictamen Nº. 78/2006, de 23 de mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.- 2006. Expediente relativo a modificado núm. 1 de las obras de "Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural-palacio de Congresos en el Miradero" de la ciudad de Toledo. El precio original ascendía a 15.324.616,07 €. El reformado propuesto supondrá un aumento en el presupuesto del contrato de 7.584.512,84 €, lo que produce un crecimiento del 49,49% del precio primitivo. El total del presupuesto contemplado en el proyecto modificado es de 24.181.988,10 €.

obras modificativas son debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas que justifican la modificación del contrato por razones de interés público y requieren específicamente su aprobación como Proyecto modificado. En la Memoria también se señala que las nuevas necesidades de ejecución no son imputables al contratista, sino que se deben a razones de interés público, y de acuerdo con las conversaciones mantenidas con el Ayuntamiento, conforme las directrices que se han ido adoptando por la Dirección Facultativa²⁵⁸.

En relación con los Arts.59.1 y 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, se señala lo siguiente: 1º. Es evidente la causa de interés público que puede justificar la modificación, cifrada en la necesidad que impulsó a acometer la obra, la creación de un aparcamiento, remonte mecánico y equipamiento cultural-palacio de Congresos para la ciudad de Toledo²⁵⁹. 2º. De los informes obrantes en el expediente se desprende que el modificado que se informa se justifica en la forma siguiente: - Por un lado, obedecen fundamentalmente, como respuesta a las Resoluciones sobre Intervención Arqueológica dictadas por la Dirección General de Patrimonio y Museos de la Consejería de Cultura, de fecha 13 de Agosto de 2003, 23 de Junio de 2004 y 18 de Junio de 2004, respecto de los restos arqueológicos que, en ejecución de la obra, quedaron al descubierto, y que, a requerimiento de aquella Dirección General, se debía de proponer una solución para su conservación, para lo que debían quedar incorporados al Proyecto. - Por otro lado, necesidades nuevas derivadas de la separación del muro de la Alhóndiga, además, de la necesaria demolición ya autorizada por el actual concesionario de la 2ª fase de la concesión administrativa del edificio del Miradero, del muro que en su día quedó suspendido por Sentencia. Por tanto, en el presente supuesto, y durante el desarrollo de las obras han surgido nuevas necesidades para la ejecución de las mismas, justificándose la Modificación del contrato de Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural-palacio de Congresos por la aparición de esas nuevas necesidades. En este sentido se ha de tener en cuenta lo manifestado en la propia Memoria del proyecto modificado: “las obras modificativas son debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas que justifican la modificación del contrato por razones de interés público y requieren específicamente su aprobación como Proyecto modificado”.

²⁵⁸El presupuesto de las obras modificativas cuenta con la conformidad del contratista, haciendo la comunicación de la Memoria las veces de audiencia a aquél para la formación de precios del proyecto modificado. En el documento de Presupuesto y Mediciones, elaborado en Diciembre de 2005, figura la firma, acreditando la conformidad, del representante de la empresa adjudicataria.

²⁵⁹La técnica del reformado o modificado de obras, y consiguientemente, la novación objetiva del contrato debe ser constreñida a la excepcionalidad, pues de lo contrario podrían encubrirse contrataciones que no observasen los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación que inspiran el sistema de contratación administrativa. - Pueden señalarse como requisitos necesarios para poder ejercer la prerrogativa de modificar los contratos los siguientes: Que nos encontremos ante un contrato perfeccionado, circunstancia ésta que se produce una vez que el órgano de contratación acepta la oferta del licitador y le adjudica el contrato (Art. 53 del Texto Refundido). Que el objeto de la modificación que se pretende se fundamente en razones de interés público. Es esta circunstancia la que justifica la existencia misma del contrato y de las prerrogativas o potestades que ostenta la Administración, debiendo ser concretos los motivos en que se funda y no una mera referencia al interés público globalmente considerado. El Consejo de Estado ha estimado que “la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (dictamen 42.179, de 17 de mayo de 1979).

Las modificaciones propuestas no suponen una alteración de las características básicas de la obra pública proyectada, esto es, no supone la generación de un nuevo proyecto de obra o de obras que por no estar tan íntimamente vinculadas a la principal no resulte necesario su realización por el contratista, supuestos ambos en los que sería inadecuada la técnica del modificado. Por tanto, no resulta discutible la concurrencia de causas sobrevenidas, ya que el proyecto modificado recoge problemas no resueltos ni contemplados en el proyecto inicial y que se ponen de manifiesto durante la ejecución de la obra, y que, a su vez, generan una nueva necesidad constructiva asociada a la realización de la obra primitiva.

- **Imprevistos técnicos.**

Muy interesante es un Dictamen del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha de 2010²⁶⁰. El proyecto de modificación que se somete a dictamen afecta a un contrato de

²⁶⁰Ver Dictamen n.º. 222/2010, de 14 de Octubre. Expediente relativo a modificación n.º 2 del Contrato administrativo de obras para la ampliación y reforma del Hospital H. Con fecha 25 de Agosto de 2005 el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante SESCOAM) y un representante de la empresa mercantil W -entidad que había sido declarada adjudicataria el 20 de Julio anterior-, suscribieron contrato administrativo de obras cuyo objeto era la reforma y ampliación del Hospital H. Con fecha 16 de Junio de 2010, el Jefe del Área de Infraestructuras, Equipamientos y Suministros formuló propuesta de contratación del modificado n.º 2 del citado contrato. Expresaba que el presupuesto total del mismo ascendería a 1.596.672,07 €, cantidad que se distribuiría en dos anualidades. El plazo a ampliar lo concretaba en ocho meses. Con igual fecha 16 de Junio, la Jefa del Servicio de Obras emitió sendos informes que versaban, respectivamente, sobre la necesidad de contratación de un segundo modificado del contrato y sobre la improcedencia de convocar una nueva licitación. En el primero de ellos comenzaba señalando que la ejecución de las mencionadas obras se contemplaba entre los compromisos incluidos en el Plan Regional de Salud. El Plan Director proponía dos actuaciones sobre el mismo, una de ampliación para llevar a cabo en el solar donde se sitúa actualmente el centro y anexo a la edificación existente, y otra de reforma interior de áreas concretas del mismo. Afirmaba que después del inicio de la ejecución de la obra surgieron una serie de cambios que se fundamentan en imponderables de tipo técnico surgidos con posterioridad a la firma del contrato en vigor. A la vista de la documentación descrita en antecedentes anteriores, con fecha 8 de Julio de 2010, el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras acordó aprobar el proyecto de modificación n.º 2. Replanteo del proyecto modificado.- En igual fecha 8 de Julio la Arquitecta del Servicio de Obras informaba que “Las necesidades no previstas en el proyecto inicial y la aparición de causas técnicas imprevistas, por las que se plantea la redacción y ejecución del proyecto modificado, se realizan sobre la misma superficie del proyecto original, por lo que no se hace necesaria la redacción de una nueva acta de replanteo previo”. Concluía expresando que consideraba viable la ejecución de dichas obras. Con fundamento en los informes relacionados en antecedentes anteriores, con fecha 23 de Julio de 2010, el Director General de Gestión Económica e Infraestructuras acordó el inicio del expediente de modificación del citado contrato, por importe de 1.596.672,07 € y plazo de ejecución de 8 meses. Audiencia a la entidad contratista.- Se incorpora al expediente escrito firmado el 29 de Julio de 2010, por un representante de la mercantil contratista, en el que expresa la conformidad de dicha entidad con la tramitación del expediente de modificación. Asimismo, consta en el expediente el documento de retención de crédito en el que se constata que, con fecha 10 de Agosto de 2010, la Jefa del Servicio de Fiscalización intervino el crédito suficiente para hacer frente al importe de la citada modificación. Informe del Servicio de Régimen Jurídico de Personal.- Con fecha 16 de Agosto de 2010, una Técnica adscrita al Servicio de Régimen Jurídico de Personal, con el visto bueno de la Jefa de la unidad, emitió informe en el que, tras relacionar los antecedentes de hecho del asunto, expresaba en los fundamentos jurídicos que “se justifica la necesidad de modificación en el hecho de que a lo largo del desarrollo de las obras han surgido una serie de necesidades no previstas en el proyecto inicial, causas técnicas imprevistas, así como la necesidad de adaptar ciertas instalaciones a la nueva normativa”. Afirmaba, además que la modificación del contrato implica la alteración de la cuantía inicial del 31,07%, por lo que

obras suscrito en el año 2005 para la reforma y ampliación del Hospital H. Se extrae de los informes incorporados al expediente que el edificio original fue inaugurado en el año 1973, con una dotación de 70 camas hospitalarias, siendo ampliada y reformada la instalación en dos ocasiones en los años 1988 -afectando a las áreas de Hospitalización, Urgencias y Radiología, e incrementando el número de camas a 103- y posteriormente en 2004. La obra que actualmente se halla en ejecución se contempla dentro del Plan Regional de Salud con el objetivo de acercar a la ciudadanía los servicios sanitarios, atendiendo a los índices de población existentes en la zona y a la conveniencia de minorar los desplazamientos dentro de la geografía regional. Dicha actuación se proyectó en cuatro fases que incidían casi sobre la totalidad del centro hospitalario, presentando la dificultad añadida de que la obra sería acometida manteniendo la actividad asistencial que se dispensa en el mismo. El modificado nº2 propuesto afecta a las siguientes fases: Fase II: Urgencias y laboratorios. Fase III: Incorpora dos zonas relativas, por un lado, a Salón de Actos, Rehabilitación y Administración y, por otro, a Esterilización, Bloque quirúrgico y Cirugía Menor Ambulatoria. Fase IV: Cocina, archivo, almacén y ropero.

Comparte el Consejo la concurrencia de algunas de las razones aducidas como necesidades nuevas o causas imprevistas en fundamento del expediente de modificación, debidas en gran medida a la especialidad que presenta el contrato por tratarse de una obra que se ha de ejecutar sobre un edificio ya existente que cuenta con instalaciones erigidas hace treinta años. De este modo se estiman justificadas las alteraciones a introducir en refuerzo de la cimentación, saneamiento y forjados, sustitución de red de tubería hidráulica del hospital debido a su antigüedad, sistema de climatización ante las deficiencias que presenta el circuito antiguo y obras de urbanización debidas a cambios de trazado, así como las precisas para asumir los cambios normativos que hayan afectado a las instalaciones previstas²⁶¹. Tales

constituye causa de resolución del mismo, si bien consta en el expediente la conformidad de la empresa contratista. Concluía señalando que era precisa la autorización del gasto por el Consejo de Gobierno y que resultaba preceptivo el dictamen de este órgano consultivo, y manifestando que “no existe obstáculo jurídico alguno para que se proceda a la adopción del acuerdo de modificación del contrato de referencia en los términos propuestos”.

²⁶¹Sin perjuicio de que como se ha reseñado en la consideración II no se aporta al expediente enviado a este Consejo el documento técnico redactado -en concreto, la Memoria- en el que se especifican y justifican las modificaciones previstas en las diferentes unidades de obra, de los informes emitidos tanto por la Jefa del Servicio de Obras sobre la necesidad de contratación de un segundo modificado del contrato, como con fecha 28 de mayo de 2010, por el Jefe de Sección de Planificación y Ejecución sobre supervisión del proyecto, se desprende que las alteraciones planteadas una vez iniciada la ejecución de la obra, afectan fundamentalmente a los siguientes ámbitos: - Modificación de la cimentación y saneamiento en las zonas correspondientes a la Fase III. Se plantea la nueva cimentación en la zona de Esterilización y Bloque Quirúrgico “ya que la cimentación del edificio existente no es apta para soportar la ampliación, por lo que es necesario complementarla”. Al haberse recabado nuevos datos sobre la cimentación existente que no podían conocerse en la fase de redacción del proyecto. Se modifica la cimentación del Salón de Actos pues “el firme para apoyar se encuentra más bajo de lo previsto”. Además se pretende modificar el trazado y la acometida de la red de saneamiento de la zona de Bloque Quirúrgico “ya que el estado actual del saneamiento no coincide con la instalación existente”. - Se plantea el refuerzo de los forjados para las fases III y IV, “debido al deficiente estado de los mismos, que prácticamente no cuentan con capa de compresión, que no era posible detectar sin que la obra comenzase en esta zona. Se resuelve conectando a las viguetas metálicas existentes la nueva capa de compresión”. - Se introducen cambios de distribución y equipamiento en el Bloque Quirúrgico, “para su adaptación a la nueva Normativa de la Consejería de Sanidad sobre este tipo de instalaciones”. Como complemento de lo expresado, se modifica

circunstancias no pudieron ser previstas a la hora de redactar el proyecto inicial pues, en un caso, se han hecho patentes en el momento en que se ha iniciado la ejecución de las unidades afectadas y, en otro, han devenido necesarias cuando han sido exigidas por la nueva normativa tras su entrada en vigor. Constituyen razones de interés público que justifican fundadamente la modificación propuesta.

No obstante, señala el Consejo que otras motivaciones como la incorporación de nuevos elementos en el bloque de Esterilización y los nuevos requerimientos técnicos concernientes a carpintería e instalaciones²⁶², dificultan su admisión como presupuesto adecuado para la producción de una modificación contractual en los términos fijados por el Art. 101 T.R.L.C.A.P., mencionado, considerando que se trata más bien de una iniciativa de los responsables del servicio que, aunque tendente a la salvaguarda del interés público, debería haber sido prevista a la hora de redactar el proyecto inicial o contratada y ejecutada con plena independencia del contrato en ejecución. Aun reconociendo los límites de la precedente apreciación ante la falta de aportación del proyecto de modificación redactado, cabe reiterar lo manifestado por este Consejo en sus dictámenes 247/2008, de 19 de Noviembre y 139/2009, de 8 de Julio, en los que se hacía alusión a la doctrina enunciada por el Consejo de Estado en relación con la tramitación de modificados de obras en los que se incluyen actuaciones ciertamente imprevistas, pero no imprevisibles con una idónea labor de planificación y proyección, reproduciendo lo señalado en sus dictámenes 1733/2006, de 8 de Noviembre, y 34/2007, de 1 de Febrero. En ambos casos, el Consejo de Estado emite dictamen favorable a las modificaciones, señalando de forma coincidente lo siguiente: “la modificación propuesta puede estar justificada [...], en la medida que supone una mejoría de las características de la obra [...], razón por la cual este Consejo no informa desfavorablemente el proyecto modificado. [] Ahora bien, el Consejo de Estado debe

parcialmente el sistema de climatización, con la incorporación en el casetón en cubierta de todas las unidades que dan servicio a la zona. - En el área de Esterilización se incorporan nuevos elementos y se modifican otros ya previstos “a raíz de la adjudicación definitiva de la empresa encargada del equipamiento de esta zona”. - El Hospital solicita la ampliación con nuevos elementos de la central de megafonía para adecuarla a cambios normativos, a raíz de las solicitudes realizadas por el Hospital. - Se prevén además modificaciones varias en la urbanización exterior del Hospital para llevar a cabo obras provisionales y por cambios de trazado debidos al desvío de instalaciones no documentadas en el proyecto inicial. Se incorporan muros de contención, ampliación de la zona de acerado y sustitución del acabado de las zonas de aparcamiento para mejorar su identificación y mantenimiento. Se contemplan igualmente modificaciones en el sistema de climatización de la Fase II -Urgencias y Laboratorio- y en la nueva área de Cirugía Menor Ambulatoria, que ocupan el antiguo edificio de consultas, tales como reconsideración de los componentes de las unidades de tratamiento de aire, eliminación de las cajas de volumen variable e incorporación de nuevos fancoils y nuevos grupos de bombas para alimentar el circuito hidráulico ante las deficiencias del circuito antiguo. - Se pretende la sustitución de la red de tubería hidráulica general del Hospital debido a su deterioro y antigüedad, correspondientes a las fases II, III y IV, desde la sala de producción de frío y calor hasta las nuevas unidades de tratamiento de estas fases.

²⁶²Se manifiestan por el Hospital nuevas necesidades (nuevas unidades de obra) en cuanto a carpinterías e instalaciones (se proponía modificar parcialmente la instalación de climatización y electricidad “debido a nuevas necesidades”) y requerimientos técnicos debidos a imprevistos surgidos durante la obra de reforma entre los que destacan: demoliciones, albañilería, carpintería, instalación eléctrica, climatización y seguridad” (si bien no recogía especificaciones sobre las mismas) escalera y rampa de comunicación con zona de acceso a urgencias, refuerzos en colocación de puertas, apertura y cierre de foso para el paso de instalaciones, modificaciones del trazado del transporte neumático y trabajos en las marquesinas de acceso a urgencias.

subrayar que la propuesta de modificación consultada, aun siendo necesaria, es en buena medida el resultado de los defectos e imprevisiones del proyecto inicial, y se refiere, por tanto, a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, de ahí que convenga recordar la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que solo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obras o a la aprobación de proyectos de obras complementarias; pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas”. En este argumento incide el Consejo de Estado en su dictamen 933/2009, de 9 de Julio, reseñando -en la línea marcada por anteriores dictámenes 2092/2006, de 21 de Diciembre y 1867/2008, de 20 de Noviembre- “la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos”. En el presente caso se ha de concluir que no puede considerarse enteramente satisfactoria la información y justificación facilitadas sobre las razones que llevan a entender que todas y cada una de las actuaciones comprendidas en el modificado propuesto responden a necesidades nuevas o a causas imprevistas en el proyecto inicial. Sin embargo, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado plasmada anteriormente y en atención a las circunstancias específicas que inciden en el contrato al tratarse de una obra de reforma y ampliación, y que condicionan y dificultan la proyección y ejecución de los trabajos precisos, debe admitirse que concurren razones de interés público, asociadas a la aparición de nuevas necesidades o causas imprevistas, cuya satisfacción redundará en una mejora del servicio público y que justifican en este caso el uso de la prerrogativa administrativa de modificación unilateral del contrato, contemplada en el Art. 101.1 del T.R.L.C.A.P.

• Estudios geotécnicos

Otra cuestión muy importante del contrato de obras y los modificados es el que hace referencia a los estudios geotécnicos²⁶³. El Art.123.3 de la L.C.S.P., señala que “salvo

²⁶³ LOMOSCHITZ MORA-FIGUEROA, A, en su trabajo “Qué es y para qué sirve un Estudio Geotécnico en Edificación”, en Jornadas técnicas sobre edificación en terrenos canarios programa de formación permanente del arquitecto, Colegio de Arquitectos de Canarias – Demarcación de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 12 al 14 de Diciembre de 2005, en http://www.gobiernodecanarias.org/geotecnia/que_es_est_geot.A.Lomoschitz.pdf, explica lo siguiente: “A partir de una lectura selectiva de la normativa española, así como de la consulta de manuales técnicos y docentes, puede hacerse un elenco de definiciones y términos afines que se refieran al reconocimiento geotécnico del terreno y al proyecto de las estructuras de cimentación. Alcanzaríamos así una amplia visión acerca de las cuestiones relativas al terreno de cimentación, pero sólo tras aproximaciones sucesivas llegaríamos a comprender lo que es un Estudio Geotécnico para Edificación en la realidad. En contraste, y como punto de partida, se proponen dos definiciones sencillas: (1) “El estudio geotécnico es el conjunto de actividades que permiten obtener la información geológica y geotécnica del terreno, necesaria para la redacción de un proyecto de construcción”. (2) “El estudio geotécnico se realiza previamente al proyecto de un edificio y tiene por objeto determinar la naturaleza y propiedades del terreno, necesarios para definir el tipo y condiciones de cimentación” (Rodríguez Ortiz y otros, 1984). 2.

que ello resulte incompatible con la naturaleza de la obra, el proyecto deberá incluir un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que ésta se va a ejecutar, así como los informes y estudios previos necesarios para la mejor determinación del objeto del contrato”.

Los estudios geotécnicos por muy bien precisos que sean, no pueden garantizar un conocimiento absoluto de la situación del terreno donde se va a construir, pues no son infalibles en sus predicciones. Esto significa que una vez que se procede a ejecutar el proyecto, es perfectamente posible que el contratista se encuentre situaciones imprevistas en el subsuelo que el estudio geotécnico no detectó y que conllevan la necesidad de modificar el proyecto inicial, al ser imposible su ejecución.

Sobre este tema hay que hacer referencia al caso examinado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1629/1991, sobre la Modificación contrato obras "Nueva carretera. Autovía Oviedo-Campomanes. N-630 de Gijón a Sevilla, puntos kilométricos 427"0 al 438"0. Tramo: Las Segadas-Baiña", de 23 de Enero de 1992²⁶⁴.

Normativa principal sobre Estudios Geotécnicos Desde las “Normas sobre redacción de proyectos y dirección de obras de edificación” de 1971, del entonces Ministerio de la Vivienda, existen diversas normativas que hacen referencia, de forma más o menos extensa, al estudio o reconocimiento del terreno y a las características del mismo, y que tienen incidencia en el diseño, proyecto y ejecución de las cimentaciones (ver Anejo 1). No obstante, al ser estos textos ya conocidos, en el momento actual basta centrarse en los tres documentos más recientes, su evolución y entrada en vigor: – EHE. “Instrucción de Hormigón Estructural (EHE)” que entró en vigor en 1999. – LOE. “Ley de Ordenación de la Edificación”, que entró en vigor el 6 de mayo de 2000. – CTE. Código Técnico de la Edificación. Documento Básico SE-C (Seguridad Estructural, Cimentaciones)”.

²⁶⁴El 28 de Diciembre de 1987, la Dirección General de Carreteras aprobó el proyecto de construcción del tramo Las Segadas-Baiña de la autovía Oviedo-Campomanes, en los términos municipales de Oviedo y Ribera de Arriba. Entre sus características destacaba una longitud de tronco de 8.470 metros, con una sección transversal suficiente para albergar dos calzadas de dos carriles, de 7 metros cada una, más sus correspondientes arcones y mediana. Como estructuras de mayor importancia podían señalarse un viaducto de cinco vanos para salvar la playa de vías de la estación de ferrocarril de Soto de Rey, un viaducto sobre el río Nalón, los túneles de Fresnedo, en dos tramos de 260 y 351 metros de longitud, para ambas calzadas y, sobre todo, los túneles de El Padrún, con una longitud total, para ambas calzadas, de 3.470 metros. Para la ejecución del proyecto se convocó un concurso con admisión previa. Una vez obtenida la autorización del Consejo de Ministros, en su reunión de 20 de Julio de 1988, las obras fueron adjudicadas definitivamente a varias compañías en régimen de agrupación temporal de empresas. Redactado el proyecto modificado número 1 de las obras mencionadas, la Inspección General del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo emitió un informe, con fecha 26 de Octubre de 1990, en el que exponía que tal modificado suponía un importe líquido adicional de 3.049.703.350 ptas., lo que significaba el 37% del presupuesto primitivo. Indicaba este órgano que del análisis del proyecto presentado a su consideración se deducía "estar bien estudiado y compuesto con los documentos requeridos para definir las obras lo suficiente para que puedan ser ejecutadas". Por su cuantía destacaba el cambio en el sostenimiento de los túneles del Padrún, evaluado en 2.342.334.117 ptas., y por su configuración la supresión de los túneles de Fresnedo y del viaducto sobre el Nalón, que se sustituían por un puente sobre el mismo río, unos 1.600 metros aguas abajo del anterior, y por otro sobre el ferrocarril. En general, se mostraba partidario de la aprobación del proyecto, aunque señalaba que "las modificaciones propuestas plantean las obras proyectadas con criterios e hipótesis diferentes de los supuestos valorados o estimados en el proyecto anterior, introduciendo incluso variaciones de trazado, que invalidan la información pública y expropiaciones realizadas, y plantean nuevas afecciones a terceros, cuyo trámite legal para ocupación exige un nuevo expediente. El análisis de las modificaciones nos lleva a pensar que el proyecto primitivo, que sirvió de base a la contratación, contenía errores indebidos y supuestos inadecuados, además de falta de estudios geotécnicos en profundidad que precisasen más la calidad de los terrenos a atravesar, teniendo en cuenta la importancia que dentro del proyecto tenían los

En relación con las modificaciones de los túneles del Padrón, se exponía que el proyecto primitivo se había redactado "a base de una cartografía, una información geológica y unos sondeos (9 en total en los dos túneles) que dan un nivel de precisión

dos túneles del Padrón y los dos túneles de Fresnedo". Añadía que "la oportunidad de su planteamiento (del proyecto modificado) debió ser con motivo del acta de comprobación del replanteo previo". Por otra parte, indicaba que era "casi obligado" que el contratista adjudicatario del proyecto primitivo realizase las modificaciones, pues no se había procedido a paralizar las obras para la redacción del nuevo proyecto, "si bien viene condicionado a la posibilidad de ocupación de nuevos terrenos afectados, en especial por la variante introducida entre los perfiles 390 al 520, tramo cuya segregación del contrato debería considerarse". La Subdirección General de Construcción de la Dirección General de Carreteras, del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, propuso la aprobación técnica del proyecto modificado, con 27 nuevos precios, a la vista del informe favorable de la Inspección General del Departamento. En la propuesta de resolución se manifestaba que la segregación apuntada en este informe podía "suponer un importante incremento económico y retraso en la finalización de la obra", e "incluso se podría considerar (...) proyecto incompleto a tenor de lo dispuesto en el Art. 21 de la L.C.E.". En relación con una posible resolución del contrato, se apreciaba "que no procede (...), ya que ésta traería consigo un posible aumento del coste y la interrupción de las obras no permitirá su terminación en el plazo previsto, con el consiguiente perjuicio para la seguridad vial". El Consejo de Obras Públicas y Urbanismo emitió un informe en el que, por mayoría, se mostró favorable a la aprobación de la modificación propuesta. En sus antecedentes se hacía constar que el Presidente del Consejo y dos Consejeros miembros de la ponencia visitaron las obras y solicitaron cierta información complementaria sobre los túneles del Padrón. Se indicaba que "las modificaciones en el sistema constructivo de los túneles del Padrón representan el 97% del adicional de la modificación nº 1, y responden a los estudios y reconocimientos del terreno atravesado por los túneles, realizados durante la ejecución de las obras y que a juicio de los Servicios técnicos de la Dirección General de Carreteras y de la Inspección del Departamento obligan a tener que incrementar de forma importante los sistemas de excavación, sostenimiento y tratamientos especiales previstos en el proyecto". En estos túneles no se introducía "ninguna nueva unidad de obra ni ningún precio nuevo", sino tan solo un "empleo más conservador de los sistemas" previstos en el proyecto primitivo, a resultas "de una interpretación más documentada de las características de los terrenos a atravesar". En relación a "la variante de trazado entre los perfiles 390 y 520", se expresaba que producía "profundas alteraciones sobre el proyecto", empeorando sus "características geométricas", su "impacto ambiental" y sus "condiciones circulatorias". No obstante, se informaba favorablemente, ya que la oposición de RENFE, "manifestada con posterioridad a la adjudicación de las obras, y las objeciones de la Confederación Hidrográfica del Norte en relación con las perturbaciones que produciría en el cauce del río Nalón, hacían necesaria una modificación del trazado". En general, el Consejo insistía "en recomendar a los Servicios la necesidad de que los proyectos se redacten correctamente, y más aún en el presente caso en que han colaborado varias empresas consultoras". El Director General de Carreteras aprobó técnicamente la modificación, con sus nuevos precios, y con un aumento de doce meses en el plazo de ejecución. Unos días después se redactó la propuesta de resolución aprobatoria definitiva que, en su caso, habría de ser sometida al Consejo de Ministros. El Servicio Jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transportes se mostró conforme con la propuesta de resolución. En la memoria del proyecto completo se indicaban las principales finalidades de la modificación: "Coordinar entre sí los diversos documentos del proyecto vigente; completar las mediciones y ajustar determinadas unidades de obra; adaptar los muros y estructuras del enlace de La Cárcaba; proyectar un nuevo puente en Soto de Rey adecuado a las condiciones fijadas por RENFE; proyectar una variante de trazado entre los perfiles 390 y 520, con un nuevo puente sobre el Nalón, los nuevos muros y el nuevo paso sobre RENFE; modificación de la canalización del arroyo Falledo; modificación de la tipología de los muros 16 y 17; recoger las peticiones del Ayuntamiento de Oviedo para la localidad de Olloniego; ajustar, de acuerdo con el resultado de los nuevos estudios geológicos, geofísicos, etc., los túneles del Padrón; modificación de la canalización del río y de la carretera comarcal en la zona de Baiña". Los planos del proyecto modificado aparecían firmados por el contratista. Aparecen en el expediente los siguientes informes: Informes del Ingeniero Director de la Obra, del Director del Proyecto y del Jefe de la Demarcación de Carreteras en relación a la solicitud de autorización para redactar la modificación. Informe favorable de la Oficina de Supervisión de Proyectos. Un escrito de RENFE, de 2 de Septiembre de 1988, y dos más de la Confederación Hidrográfica del Norte de España, en los que se exponían diversos problemas de coordinación del trazado con las instalaciones ferroviarias y su explotación, y con los cauces públicos afectados.

inicial. El propio proyecto, prevé la mejora de la información en la fase de construcción (...). Para ello se realizaron una serie de estudios complementarios, que se iniciaron con una reinterpretación de la geología existente. A partir de ahí y dadas las diferencias, se planteó una nueva campaña de sondeos (14 de hasta 207 metros de longitud) encaminada a aclarar las zonas más conflictivas (...). En base a este perfil se ha efectuado una previsión de tipo de sostenimiento que varía substancialmente con la prevista en proyecto debido, básicamente, a la aparición de zonas intensamente tectonizadas por cabalgamiento y a que las formaciones que, en principio, iban a ser estabilizadas con un sostenimiento tipo 3 ó 4, el nuevo estudio ha demostrado que necesitan un sostenimiento de más capacidad portante".

Apunta el Consejo de Estado²⁶⁵ que no le corresponde realizar un juicio técnico sobre la necesidad de la modificación pretendida. Sin embargo, sí constan en las actuaciones practicadas distintas opiniones de este género que revelan que el proyecto original adolecía de algunos defectos, que han contribuido no poco a que su alteración aparezca ahora como imprescindible a ciertos órganos informantes. En este sentido, es de gran trascendencia que, "con carácter previo a la redacción de proyectos, y más de la importancia del que ahora se estudia, se lleven a cabo los estudios geológicos, geotécnicos y de materiales necesarios para evitar en lo posible las posteriores modificaciones de obra, que de uno u otro modo afectan siempre desfavorablemente al principio general de libre concurrencia en la contratación administrativa" (dictamen de 4 de Febrero de 1988, número 51.278; en igual sentido se expresa el de 1 de Octubre de 1991, número 1.021/91). Cuando, como parece que ha ocurrido, en el caso sometido a consulta, la formación de tales estudios previos sea contratada con diversas empresas consultoras, y éstos se muestren defectuosos o insuficientes, procede la incoación de un expediente para determinar posibles incumplimientos de aquellas empresas y para exigir, en su caso, las responsabilidades a que haya lugar, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 154 del Reglamento General de Contratación²⁶⁶.

²⁶⁵Se somete a consulta una modificación de un contrato de obras superior al veinte por ciento del precio original, celebrado por la Administración del Estado. En lo que se refiere a la tramitación del expediente, se recuerda lo ya señalado en el dictamen de 4 de Febrero de 1988 (número 51.278), sobre "la aceptación expresa del contratista a su continuidad al frente de las obras". "Dado que la modificación (...) supera el 20% del presupuesto líquido de contrata -se decía-, es conveniente que se incorpore al expediente una aceptación expresa y por escrito, aunque los planos y documentos aparezcan firmados por el contratista". En los restantes elementos, se ha seguido de manera correcta el procedimiento establecido.

²⁶⁶Por lo que toca a la ejecución de las obras integrantes del reformado, la Inspección General del Departamento instructor señala en su informe que era "casi obligado" que fuera llevada a cabo por el contratista, "al no haber procedido a paralizar las obras (...) hasta tanto se hubiese redactado y aprobado técnicamente el proyecto modificado". De los datos que obran en el expediente no puede conocerse el alcance exacto de esta aseveración. En todo caso, es indudable que la suspensión hubiera sido procedente en aquellas unidades de obra que se suprimen en la modificación pretendida, y que las que se añaden no pueden ser ejecutadas hasta tanto el órgano de contratación, previa autorización del Consejo de Ministros, decida aprobar el expediente. Como se exponía en el dictamen de 8 de Junio de 1990 (número 54.473), es de capital relevancia el que "el procedimiento de modificación se configure como presupuesto de ese efecto novatorio y no de convalidación de una alteración ya producida". Por consiguiente, tal y como se expresaba en el también dictamen de este Alto Cuerpo de 21 de Junio de 1990 (número 54.400), "de haberse realizado parte de las obras antes de que se aprobara el correspondiente proyecto reformado (...), procederá depurar las responsabilidades contraídas". Con independencia de la observación anterior, el Consejo de Estado nada tiene que objetar a las razones de interés público reseñadas por los órganos pre informantes, a propósito de la continuación del contratista en la ejecución de las obras. En efecto, el ejercicio de la facultad que el Art. 161 del R.G.C.E., otorga a la Administración, en orden a la resolución

También es muy interesante el Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003²⁶⁷. Mediante resolución del Presidente del Organismo Autónomo "Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Cultura" (en lo sucesivo, "G.I.E.E.C."), de 22 de Octubre de 1998, se adjudicó un contrato administrativo para la "redacción del proyecto (pues el básico había sido ya aportado durante la licitación), dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia), con arreglo a dicho proyecto". La finalidad del contrato era la de dotar de una nueva sede al Museo Nacional de Arqueología Marítima y al Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas dependiente del primero, situados en la actualidad en un edificio del "Malecón del Faro de Navidad" de Cartagena. Para ello debía utilizarse un solar ubicado en el Muelle de Alfonso XII de Cartagena, distante del mar solo 25 metros, con el consiguiente riesgo de filtraciones o inundaciones. El Contrato incluía por tanto la obligación de dar respuesta a riesgo y ventura de la adjudicataria a las dificultades que aparecieran tanto en la redacción del proyecto como en la posterior ejecución de las obras, lo cual suponía por lo dicho una gran dificultad. Las "Bases Técnicas para el desarrollo del proyecto y obra", de fecha 3 de Abril de 1998, ponían de manifiesto las significativas necesidades de espacio del Museo y del Centro Nacional (al menos 6.000 m²) y recordaban que la edificabilidad máxima sobre rasante era de 4.000 m², por lo que resultaba obligado construir bajo rasante al menos 2.000 m² en una superficie limitada (que obligaba a profundizar entre 4 y 6 mts). De los criterios para la adjudicación del concurso establecidos en la cláusula 8.5, los dos que recibían una mayor ponderación eran la "solución arquitectónica y museográfica a nivel de proyecto básico" y la "oferta económica"²⁶⁸.

de los contratos en que tengan lugar modificaciones del proyecto en cuantía superior al 20% de su importe, acarrearía notables dilaciones en la puesta en servicio de la obra pública, que, con toda probabilidad, no vendrían compensadas por una mejor calidad ni por un menor coste para la Administración, habida cuenta de la baja ofrecida por la empresa adjudicataria (8,5%). Si se aceptase la propuesta de resolución en este punto, sería preceptivo ordenar un reajuste de la fianza definitiva, de acuerdo con el párrafo cuarto de la cláusula 2.3.2 del Pliego de las Administrativas Particulares. Por último, debe hacerse notar que las anualidades proyectadas han de ser corregidas para adecuarlas a la prórroga del plazo propuesta, que se extenderá hasta los primeros meses de 1993. Que, previa autorización del Consejo de Ministros, puede aprobarse la modificación número 1 del contrato de obras "Nueva carretera. Autovía Oviedo-Campomanes. N-630 de Gijón a Sevilla, puntos kilométricos 427 al 438. Tramo: Las Segadas-Baiña", continuando como contratista la agrupación de empresas adjudicataria en su día del proyecto original, que previamente deberá aceptar expresamente y por escrito su continuidad, debiendo asimismo reajustarse la fianza y formalizarse el modificado en documento administrativo."

²⁶⁷ Ver, Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003, Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia).

²⁶⁸ De acuerdo con la cláusula 16.B), la Dirección Facultativa "estará constituida por los profesionales o equipo designado por el adjudicatario, al que se integrará un funcionario (o funcionarios) designados por el órgano de contratación". Se aclaraba que "el contratista seguirá todas las instrucciones de la Dirección Facultativa en relación con las obras". La cláusula 16.G) recordaba que el contrato debía ejecutarse "a riesgo y ventura del contratista", y la cláusula 20.2 que la Administración podía "modificar por razones de interés público el contrato celebrado". El día 6 de Noviembre de 1998, se formalizó el contrato. En el documento de formalización del contrato se decía que el plazo de ejecución era de 25 meses contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo. El 19 de Junio de 2001, la

En el dictamen evacuado por el Consejo de Estado, número 583/2001, de 29 de Marzo de 2001, se exponía que habían aparecido tres "necesidades nuevas o causas imprevistas" que justificaban el ejercicio del *ius variandi*. La tercera de ellas²⁶⁹ consistió en la aparición de problemas técnicos asociados a la permeabilidad del terreno, que resultó ser mucho mayor que la que podía razonablemente preverse, impidiendo la realización del proyecto básico tal y como había sido presentado en la licitación. De acuerdo con el Consejo de Estado, el órgano de contratación entendió entonces en su resolución de 19 de Junio de 2001, que esta circunstancia no constituyó un incumplimiento contractual (pues el proyecto había sido realizado con arreglo a la *lex artis* exigible, previa la realización de los estudios geológicos previos "más completos" y la excesiva permeabilidad del terreno era imprevisible), que existía justificación suficiente para modificar el proyecto elaborado por la contratista (por ser de imposible ejecución en sus propios términos) y que el coste de esa modificación no debía soportarlo el contratista como parte de su riesgo y ventura, sino añadirse al precio del contrato mediante la oportuna modificación. En lo que aquí nos interesa se determinó que la cimentación proyectada por la contratista no permitía acometer las obras y pese a ello se consideró que esta circunstancia no resultaba imputable a la contratista ni estaba incluida en el riesgo y ventura del contrato. Se aclaraba que no se había producido una simple "imprevisión" de la contratista. Por el contrario, el resultado de la investigación realizada por el CEDEX con posterioridad a la adjudicación del contrato había puesto de manifiesto la existencia de problemas técnicos (asociados a la dificultad de construir bajo el mar y a escasa distancia de éste) que -según los documentos incorporados al expediente- no podían razonablemente haber sido previstos durante la licitación. Se hacía constar que el licitador realizó antes de presentar su proposición "los estudios previos más completos" relativos a los riesgos geológicos del proyecto, que, sin embargo, no pusieron de manifiesto tales problemas técnicos. El contenido de la modificación contractual acordada incluía una elevación del precio por un importe total de 1.197.219,72 €, equivalentes a 199.200.600 ptas., una extensión de los plazos contractuales (3 meses adicionales para la redacción del proyecto y 4 meses y 6 días adicionales para la ejecución de las obras) y una modificación del proyecto en lo relativo a la cimentación del edificio, que mantenía en lo fundamental la solución inicial ("pantalla continua perimetral" con "losa drenante como suelo del sótano") pero incluía ciertas medidas adicionales para evitar el excesivo filtrado y acumulación de agua que habían sido determinadas por el CEDEX (además del drenaje ya previsto en el proyecto inicial, la excavación de los 6 primeros metros con arreglo a una técnica específica y "la adopción de una longitud total en la pantalla de hormigón" en función de lo que se decía en determinada tabla). Esta solución técnica aprobada por la Administración difería de la que había sido propuesta por el Arquitecto Director designado por la contratista (cimentación "basada en la realización de una pantalla de pilotes secantes"), que exigía una mayor inversión (aproximadamente 2.061.471,52 €, equivalentes a 343 millones de

Presidenta de la G.I.E.E.C., de acuerdo con el Consejo de Estado, aprobó una primera modificación del contrato.

²⁶⁹Las otras dos causas fueron, en primer lugar, la aprobación sobrevenida de un Plan Especial obligaba "a un replanteamiento del edificio dentro de la parcela donde iba a construirse" (reduciendo la altura y dividiendo el "área de movimiento" en "dos rectángulos"). En segundo lugar, se detectó "la necesidad de desviar una red de infraestructuras subterráneas que atraviesan el solar, no atribuible (...) a una imprevisión de la Empresa adjudicataria, ya que no estaba contemplado en el Pliego técnico redactado para el concurso".

ptas.). Con arreglo a la modificación aprobada se redactó un nuevo proyecto que fue aprobado por la Presidenta de la G.I.E.E.C., el 23 de Octubre de 2001. El acta de comprobación del replanteo se firmó el 25 de Octubre de 2001. El 18 de Junio de 2002, previa autorización de la Presidenta de la G.I.E.E.C., de 17 de Junio del mismo año, se levantó acta de suspensión temporal total de las obras. La causa de esta suspensión era el "afloramiento de aguas provenientes del fondo submarino en el solar donde se están realizando las obras, con un caudal muy superior al previsto en proyecto". Este caudal hacía "imposible cualquier tipo de actividad", e invalidaba "la solución técnica prevista en el Proyecto para realizar la cimentación". El 16 de Diciembre de 2002, la Dirección Facultativa de las obras, integrada por un Arquitecto designado por la contratista y un Arquitecto y un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos designados por la Administración, evacuó una memoria explicativa en la que se justificaban las causas y circunstancias no previstas que obligaban a la modificación. En particular, se decía en este informe que la solución propuesta por el CEDEX para la cimentación del edificio ("pantalla continua perimetral" con "losa drenante como suelo del sótano") no era viable. Se explicaba que con arreglo al estudio evacuado por el CEDEX "se estimó que con la profundidad de las pantallas definidas en el proyecto, el caudal total de agua en toda la parcela que afloraría sería del orden de 2 l/segundo." Se explicaba que "este reducido caudal permitía una solución de fondo de excavación mediante solera drenada, contemplando un sistema de recogida de filtraciones y el correspondiente bombeo hacia el exterior para la evacuación del agua recogida". Se explicaba en el informe que, una vez comenzadas las obras, problemas técnicos obligaron a "realizar un mayor volumen de pantalla plástica", a "llevar las pantallas definitivas a una mayor profundidad hasta alcanzar el empotramiento en roca" (se tuvo que llegar hasta profundidades de 7 metros en algunas zonas "debido a los parámetros de permeabilidad de los rellenos inotrópicos atravesados", superando los 5 mts., de profundidad media que se habían establecido en el proyecto) y a hacer un "uso continuo del trépano en mayor medida de lo previsto en la excavación de las pantallas, por la aparición constante de bolos y rocas sueltas procedentes de antiguos rellenos, difíciles de determinar en el informe geotécnico".

Ante esta dificultad se solicitó de nuevo la actuación del CEDEX, que realizó una campaña de investigación geotécnica que perseguía "poder mantener como fondo del sótano la solución de solera drenada prevista en el proyecto por ser claramente la más económica". No obstante, este objetivo no pudo alcanzarse, ya que "las pruebas e inyecciones localizadas efectuadas no han permitido reducir significativamente el caudal de la parcela". A juicio de los firmantes, todo ello impedía "mantener la solución de losa drenada" del proyecto y obligaba "a adoptar otro tipo de solución de taponamiento del fondo que inevitablemente resultará más costosa"²⁷⁰. Se exponía en la

²⁷⁰ Existían tres posibilidades: losa resistente a sub presión exclusivamente por gravedad (solución que se desechaba por su coste económico, ya que obligaría a "aumentar la excavación en roca" y a "diseñar un sistema nuevo de arriostramiento de pantallas, complementario del existente para soportar los empujes de unas pantallas de menor empotramiento"), tratamiento de inyección extendido al conjunto del vaciado (solución igualmente desechable por su incierto coste económico y las escasas garantías de eficacia que ofrecía) y disposición de una losa anclada impermeable resistente a la sub presión (que soportaría el empuje producido por la presión del agua bajo ella). La Dirección Facultativa entendía que esta última era la mejor solución técnica en sustitución de la solera armada del proyecto. Los cambios que esta solución de cimentación obligaba a introducir en el proyecto eran los siguientes: además de la sustitución de la losa drenada por la losa anclada impermeable resistente a la sub presión, la introducción de elementos de anclajes permanentes destinados a "recoger las solicitaciones debidas a la sub presión" y el diseño de un

propuesta de resolución que concurrían causas imprevistas que obligaban a la modificación. Se aclaraba que "las estimaciones efectuadas en todos los estudios realizados tanto por la empresa adjudicataria como por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) durante la primera modificación del contrato no se ajustan a la realidad". En particular, "era imposible prever que, tras los minuciosos y exhaustivos estudios desarrollados en el solar objeto de la actuación por parte del CEDEX, las características del terreno y esencialmente los caudales de infiltración de agua difieran sustancialmente de los definidos en dichos estudios". Ello pese al "largo periodo de tiempo dedicado a los ensayos y pruebas" y a "los medios técnicos y humanos puestos a disposición", que "sobrepasarían la dedicación que se considera normal por parte de la empresa adjudicataria y superaría en alto grado los estudios previos facilitados por la Administración en un procedimiento normal de contratación". Se recordaba que el CEDEX era el organismo "que en la Administración posee la máxima solvencia técnica en esta materia"²⁷¹.

sistema de anclajes permanentes que eviten el levantamiento de la losa por empujes ascendentes del agua. Se unieron al expediente los dos informes evacuados por el CEDEX en Julio de 2002, y en Noviembre del mismo año. En el informe del CEDEX de Julio de 2002, se comprobó que el caudal total de infiltración era de unos 15 litros por segundo, y se definieron las condiciones técnicas de la prueba de inyección que debía realizarse para reducir el caudal de las filtraciones al valor estimado inicialmente y hacer posible de este modo el mantenimiento de la solución de solera drenada. En el informe del CEDEX de Noviembre de 2002, se constató que los tratamientos de inyección realizados solo lograban reducir el caudal de filtraciones entre un 15,6 y un 27,8%. Por ello, se recomendaba adoptar una de las tres soluciones siguientes: disposición de una losa anclada resistente a sub presión, instalación de una losa resistente a sub presión por gravedad o realización de un tratamiento de inyección extendido al conjunto del vaciado. También se incorporó al expediente un informe evacuado el 27 de Febrero de 2002 (con error en la fecha) por el Director General de Cultura de la Región de Murcia en el que se decía que la altura del proyecto de ejecución (9,5 metros sobre rasante) era superior a la del proyecto básico que había sido autorizada (8,2 metros sobre rasante) y resultaba excesiva. Posteriormente se corrigió el proyecto de ejecución, reduciendo su altura a la prevista en el proyecto básico, y mediante resolución del Director General de Cultura de la Región de Murcia de 26 de Junio de 2002, se autorizó el proyecto de ejecución. Se tramitó el oportuno procedimiento para la modificación del contrato, y se unieron al expediente, entre otros, los siguientes documentos: -El "Proyecto modificado nº 2", fechado en Febrero de 2003. -El "Presupuesto total" de la modificación de la obra. Este presupuesto, calculado a partir del de ejecución material, con aplicación de los gastos generales (13%), del beneficio industrial (6%), del IVA (16%) y de la baja de licitación (del 10,27%), ascendía a 1.348.429,03 €. -El informe favorable evacuado por la Oficina de Supervisión de Proyectos el 24 de Abril de 2003. -El Acta de Replanteo Previo viable, de fecha 3 de Junio de 2003. -La aprobación del Proyecto por la Presidenta de la G.I.E.E.C., de 3 de Junio de 2003. -La conformidad de la contratista. El 30 de Junio de 2003, se evacuó una propuesta de resolución. En ella se decía que procedía acordar la segunda modificación del contrato, aprobar un gasto de 1.348.429,03 € y levantar el acta de suspensión temporal total para la "reanudación de las obras, con un plazo de ejecución de 3 meses".

²⁷¹ En cuanto al interés público en aprobar la modificación, se observaba que "desde el punto de vista económico el coste del reformado siempre es menor que en el caso de que se procediera a una resolución del contrato actualmente vigente y a una nueva licitación" y que desde el punto de vista técnico la adjudicación a un tercero "no supondría mejora alguna, al tener que ejecutarse las obras tal y como están previstas en el proyecto reformado presentado" con la desventaja de no poder contar con "el mejor conocimiento que el adjudicatario tiene de la obra" y el inconveniente del "aplazamiento que supondría una nueva licitación". La Abogacía del Estado del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte informó favorablemente el 15 de Julio de 2003 "asumiendo la certeza de las consideraciones efectuadas por los órganos técnicos informantes y la coherencia, concordancia o razonabilidad que los mismos otorgan al incremento económico conducente a proporcionar una solución técnica a la causa imprevista". Constan en el expediente los siguientes documentos: -El certificado de existencia y retención de crédito presupuestario adecuado y suficiente, expedido el 3 de Julio de 2003, por la Oficina Contable de la

En la resolución de 19 de Junio de 2001, por la que se aprobó la primera modificación del contrato no se adoptó la solución técnica que había sido propuesta por el Arquitecto designado por la contratista como Director Facultativo (cimentación basada en la realización de "una pantalla de pilotes secantes", solución que resultaba más cara) sino la que fue propuesta por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas del Ministerio de Fomento (cimentación basada en "pantalla continua perimetral" con "losa drenante como suelo del sótano"). La modificación que constituye el objeto de este expediente se basa en el hecho de que la solución propuesta por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas y adoptada por la Administración ha resultado ser inviable por la aparición de circunstancias que según los documentos incorporados al expediente deben ser calificadas nuevamente como imprevisibles. A juicio del Consejo de Estado, el riesgo y ventura del contrato no incluye en este caso el mayor coste asociado a la imposibilidad de ejecutar la solución técnica introducida por la Administración siguiendo el criterio del CEDEX (y no el del contratista) en la primera modificación del contrato.

El Consejo de Estado entiende que en este expediente constituye una causa imprevista, no imputable a la contratista, la inviabilidad de la solución técnica propuesta por el CEDEX y aprobada por el órgano de contratación con ocasión de la primera modificación del contrato. En línea de principio, esta circunstancia debe ser apreciada de modo diferente cuando el contratista es autor del proyecto y por consiguiente tiene la obligación contractual de redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la *lex artis* aplicable. No obstante, en el expediente sometido a consulta ya ha sido declarado (con ocasión de la primera modificación) que la excesiva permeabilidad del terreno constituía una circunstancia imprevista no incluida en el riesgo y ventura del contrato; por otra parte, la modificación propuesta tiene por causa inmediata la inviabilidad de la solución propuesta por la propia Administración, que difería de la solicitada por la contratista. No puede hacerse responsable de la imposibilidad de ejecutar la solución técnica propuesta por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas. Resulta del expediente que las filtraciones existentes en la obra bajo rasante alcanzan tal volumen (unos 15 litros por segundo frente a los 2 litros por segundo previstos) que hacen inviable el drenaje y por tanto impiden mantener la solución técnica de pantalla continua perimetral con losa drenante en la cimentación del edificio. La técnica de los tratamientos de inyección ha demostrado no ser adecuada para reducir el caudal de las filtraciones en la medida necesaria para poder mantener esta solución (tan solo se ha logrado reducir el caudal de filtraciones por este método entre un 15,6 y un 27,8%). Es claro que en la primera modificación del contrato no fue previsto por el CEDEX un volumen de filtraciones tan elevado y resulta del expediente que además resultaba imprevista con arreglo a la *lex artis* exigible en la redacción del proyecto²⁷².

Gerencia. -El informe favorable de la Interventora General de la Administración del Estado, de fecha 30 de Julio de 2003, en el que se dice que "se ha efectuado retención de crédito adecuado y suficiente". El precio original del contrato ascendió a 6.471.457,94 € (equivalentes a 1.076.760.000 ptas.), y el incremento del precio que resulta de la modificación propuesta es de 1.350.000 €, que unida a la modificación anterior (que supuso un incremento del precio de 1.197.219,72 €) constituye un 39,36% de aquél.

²⁷² El Consejo de Estado también entiende que, de acuerdo con los antecedentes remitidos, concurre en este expediente un interés público en acordar la modificación propuesta. Se expone en el expediente que

Finalmente citar un Dictamen de Septiembre de 2011²⁷³. Con fecha 26 de Diciembre de 2007, la Presidenta de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del Ministerio de Cultura adjudicó el contrato de obras de ejecución de la Biblioteca Pública del Estado en Burgos (Exp.7/130 OB) a la U. T. E. El contrato se adjudicó por un importe de 7.479.024,54 €, con un plazo de ejecución de veinte meses. El 21 de Enero de 2008, se formalizó el contrato y el 11 de Febrero siguiente se levantó acta de comprobación del replanteo viable. El 7 de Septiembre de 2009, y tras la correspondiente tramitación, se aprobó una primera modificación del contrato con una ampliación del plazo de ejecución de cinco meses y un aumento del gasto de 1.898.258,27 € (que representaba un 25,38% del presupuesto de adjudicación de la obra). En lo que respecta a los motivos que justificaron la modificación contractual, se desprende de la documentación obrante en el expediente que, tras la demolición de edificio que originalmente ocupaba el terreno y dada la proximidad del río a la zona de obras, se procedió a efectuar un nuevo estudio geotécnico. Este estudio evidenció una subida del nivel freático con respecto al reflejado en el estudio geotécnico elaborado en el año 2000 y que sirvió de base a la redacción del proyecto inicial. La razón de tal diferencia estriba en que el estudio geotécnico y el estudio de permeabilidad previos a la

"desde el punto de vista económico el coste del reformado siempre es menor que en el caso de que se procediera a una resolución del contrato actualmente vigente y a una nueva licitación" y que desde el punto de vista técnico la adjudicación a un tercero "no supondría mejora alguna, al tener que ejecutarse las obras tal y como están previstas en el proyecto reformado presentado" con la desventaja de no poder contar con "el mejor conocimiento que el adjudicatario tiene de la obra" y el inconveniente del "aplazamiento que supondría una nueva licitación". Teniendo en cuenta estas circunstancias, también cabe apreciar la concurrencia de un interés público en acordar la modificación propuesta. Según el Consejo de Estado la modificación propuesta incluye la introducción de los siguientes cambios en el proyecto: además de la sustitución de la losa drenada por la losa anclada impermeable resistente a la sub presión, la introducción de elementos de anclajes permanentes destinados a "recoger las solicitaciones debidas a la sub presión" y el diseño de un sistema de anclajes permanentes que eviten el levantamiento de la losa por empujes ascendentes del agua. El proyecto viene acompañado de un presupuesto que asciende a 1.348.429,03 €. Se da por supuesto que la sustitución de las unidades de obra correspondientes a la solera drenada por las de la losa anclada impermeable produce de hecho el efecto económico de sumar simple y llanamente al precio actualmente vigente la cantidad de 1.348.429,03 €. Como es lógico, si se produce la sustitución de unas unidades de obra por otras, siempre y cuando las primeras no estuvieran ya completamente ejecutadas, debe descontarse la parte del precio correspondiente a las unidades de obra sustituidas que no hayan de ser ejecutadas. También debe considerarse el coste de aquellas unidades de obra ya realizadas que puedan aprovecharse para la ejecución del modificado. El expediente remitido no permite determinar si la totalidad de las unidades de obra que en este caso deben ser objeto de sustitución fueron o no completamente ejecutadas antes de la fecha de la suspensión, y tampoco aclara si el incremento del precio ha sido calculado teniendo en cuenta el coste de aquellas obras que puedan aprovecharse para la ejecución de la nueva solución técnica. Por otra parte, se observa que en la parte dispositiva de la resolución proyectada debe aclararse que tanto el precio de 1.348.429,03 € (o la cantidad que se determine con arreglo a lo expuesto en el párrafo anterior) como el plazo de ejecución de las obras que en ella se contemplan son adicionales a los establecidos en el contrato. A consecuencia de la modificación del contrato, quedará obligada a la ejecución del proyecto modificado, Todo ello será obligatorio para la contratista, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 150.e) L.C.A.P., de 1995, en cuanto a la posibilidad de resolución del contrato, por haberse producido una alteración del precio del contrato en más de un 20 por 100 del importe de aquél (si bien la empresa contratista ha manifestado su conformidad con la modificación propuesta). En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen puede acordarse la modificación del contrato sometida a consulta."

²⁷³ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 8 de Septiembre de 2011. Número de expediente: 1395/2011 (CULTURA). Referencia: 1395/2011. Asunto: Aprobación del gasto y de la segunda modificación del contrato de obras de ejecución de la nueva sede de la Biblioteca Pública del Estado en Burgos.

redacción del proyecto se elaboraron a la vista de los sondeos únicamente practicados en la zona de patios, dado que el resto de la parcela estaba ocupada por el edificio, y solo una vez adjudicado el contrato y demolido dicho edificio se pudieron realizar tales sondeos en todo el solar. La modificación contractual vino motivada por la necesidad de ejecutar nuevas obras que garantizaran adecuadamente las condiciones de seguridad en la cimentación del nuevo edificio y la adecuada impermeabilización del mismo frente a las aguas del río que discurre próximo a la zona de obras. Con fecha 22 de Noviembre de 2010 el arquitecto director de las obras solicitó a la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura autorización para la elaboración de un segundo proyecto de modificado del contrato. La solicitud de autorización se basa en las conclusiones del informe elaborado en 2010 por una empresa, encargada del control de calidad de la obra. En dicho informe se realiza un análisis técnico del sistema estructural de la fachada, así como de ventilación de la misma y de la tipología de los vidrios que deben utilizarse. La solicitud de autorización aparece acompañada de una memoria en la que se exponen las causas que justifican la nueva modificación del contrato. Entre ellas la memoria distingue primeramente una serie de "causas imprevistas que afectan a la fachada", derivadas de los cambios en la cimentación prevista inicialmente, efectuados a raíz del primer modificado. Señala la memoria que "las nuevas condiciones de cimentación generan asientos diferenciales en los pilares de la estructura que dan lugar a desplazamientos diferenciales entre las plantas" por lo que deben acometerse ciertas modificaciones en el sistema estructural de la fachada. Asimismo, resulta necesario introducir algunas modificaciones en los vidrios, de acuerdo con el informe, el cual a su vez recoge las prescripciones del Documento Básico de Seguridad de Utilización y Accesibilidad para las áreas de riesgo de impacto. Junto a las causas anteriores, la memoria destaca, asimismo, la existencia de "nuevas necesidades". Así, por ejemplo, se señala que resulta preciso para mejorar el funcionamiento de las instalaciones establecer un sistema adecuado de ventilación de los archivos. Por otro lado, es necesario incorporar máquinas de climatización que dispongan de filtros adecuados a las exigencias del R.I.T.E., las cuales no existían en el mercado en el momento de aprobarse el proyecto. Asimismo, resulta necesario cambiar determinados sistemas inicialmente previstos que han quedado descatalogados y sustituidos por nuevas versiones. El 14 de Diciembre de 2010, se autorizó la redacción de un segundo modificado por un importe de 1.450.335,30 €, así como la suspensión temporal parcial de los trabajos que afectan a la fachada del edificio, levantándose el acta de suspensión el mismo día 14 de Diciembre. El 27 de Mayo de 2011, se aprobó el segundo proyecto modificado, por un importe de 1.450.335,30 €, lo que representa aisladamente un incremento del 19,06% respecto del presupuesto de adjudicación y, conjuntamente con el modificado anteriormente aprobado, un incremento del 44,4% de dicho presupuesto. El plazo de ejecución de las obras se amplía en cinco meses²⁷⁴.

²⁷⁴ Con fecha 2 de Julio de 2011, el órgano de contratación formuló propuesta de acuerdo de aprobación del gasto y de la segunda modificación del contrato. La propuesta hace referencia a las razones que justifican la modificación, señalando que "la necesidad de acometer este nuevo proyecto modificado deriva de circunstancias imposibles de prever, ya que las nuevas condiciones de cimentación generan asientos diferenciales en los pilares de la estructura que dan lugar a desplazamientos diferenciales entre las plantas, por lo que es necesario introducir modificaciones en el sistema estructural de la fachada. Asimismo, se contemplan modificaciones por necesidades nuevas surgidas durante el transcurso de las obras (...) motivadas por adecuación a nueva normativa (Documento Básico de Seguridad de Utilización y Accesibilidad para las áreas de riesgo de impacto, R.I.T.E., etc.), por avances técnicos o descatalogación

A juicio del Consejo, las razones de interés público que hacen necesaria la modificación del contrato, en lugar de proceder a su resolución y a la ulterior celebración de una nueva licitación han quedado adecuadamente expuestas y justificadas en la propuesta de modificación. Como aquella señala, acudiendo a la resolución, no se obtendría ninguna ventaja desde el punto de vista técnico, ya que el contratista adjudicatario tendría que realizar las obras en los mismos términos previstos en el proyecto reformado, y se incurriría en un gasto superior al que deriva de la modificación del contrato, a consecuencia del aumento de los costes derivado del aplazamiento en el tiempo de la nueva licitación.

En lo que respecta a las causas que motivan la introducción de las diversas modificaciones en la ejecución de las obras (y, por tanto, en el contrato), algunas de ellas son consideradas por la memoria presentada por el arquitecto director de las obras (antecedente tercero del presente dictamen) como "causas imprevistas que afectan a la fachada", mientras que otras son calificadas como "nuevas necesidades".

En lo que se refiere a las causas referidas a la fachada, derivan esencialmente de las nuevas condiciones de cimentación establecidas en el primer modificado del contrato, que, a su vez, tuvieron su origen en ciertas imprevisiones en la redacción del proyecto original (antecedente segundo). Siendo las modificaciones que afectan a la fachada circunstancias que tal vez hubieran podido contemplarse en el primer modificado del contrato, no puede dejar de recordarse, como ya tuvo ocasión de hacer este Consejo en el expediente relativo a ese primer modificado (dictamen nº 933/2009, de 9 de Julio), que es necesario "que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos (dictámenes 2.092/2006, de 21 de Diciembre y 1.867/2008, de 20 de Noviembre)".

En lo que hace a las "nuevas necesidades surgidas", se trata de contingencias que, en efecto, presentan un carácter sobrevenido, dado que algunas de ellas derivan de la aprobación de normas o directrices aún no existentes en el momento de redactarse el proyecto original (como el Documento Básico de Seguridad de Utilización y Accesibilidad para las áreas de riesgo de impacto o el R.I.T.E), mientras que otras se justifican por descatalogación de los sistemas previstos. Junto a las modificaciones derivadas de estas causas sobrevenidas se sitúan aquellas que, como en el caso de la introducción de un adecuado sistema de ventilación de los archivos, servirán para

de los sistemas previstos y para garantizar el correcto funcionamiento de las instalaciones". En lo que respecta a las razones de interés público que avalan la necesidad de modificar el contrato, la propuesta señala que "desde el punto de vista económico, el coste del reformado siempre es menor que si se procediese a una resolución del contrato actualmente vigente y a una nueva licitación, teniendo en cuenta que técnicamente no supondría mejora alguna, al tener que ejecutarse las obras tal y como están previstas en el proyecto reformado presentado. Por otra parte hay que tener en cuenta el aplazamiento que supondría una nueva licitación con el reseñado aumento de costes, lo que avala la decisión de continuar la ejecución del contrato con el mismo contratista, ya que lo contrario no supondría ninguna ventaja para la Administración". La Abogacía del Estado informa en sentido favorable a la aprobación del expediente de modificación, dado que "el órgano de contratación manifiesta y acredita técnicamente que esta segunda modificación contractual se debe una vez más a necesidades nuevas y causas imprevistas y que éstas fueron de imposible previsión".

garantizar el adecuado funcionamiento de las instalaciones, por lo que pueden entenderse adecuadamente justificadas²⁷⁵. Otros supuestos cuando se descubren problemas en la estructura del edificio o similar. Podemos empezar citando un Dictamen del Consejo de Estado de 2006²⁷⁶.

Mediante resolución del Presidente del Organismo Autónomo "Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Cultura", de 18 de Julio de 2002, se adjudicó a una empresa un contrato administrativo para la "renovación (2ª fase) en el Museo Nacional de Escultura -Conjunto San Gregorio- de Valladolid". El objeto del contrato era la ejecución de obras conforme a un proyecto previamente elaborado por la Administración. El 7 de Mayo de 2004, se levantó acta de suspensión temporal parcial, debido a la existencia de un nivel freático superior al previsto y al estado de elementos singulares, forjados y artesonadas, que una vez descubiertos presentan una situación de importante deterioro, lo que daba lugar a la necesidad de modificar el proyecto previsto. El 12 de Mayo de 2005, la Presidencia de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura aprobó la primera modificación del contrato. Esta modificación estaba fundada en las necesidades nuevas o causas imprevistas de dos órdenes diferentes: en primer lugar, en el descubrimiento de datos nuevos sobre el estado de los diferentes componentes de la estructura del edificio, que resultaban inaccesibles antes del inicio de las obras; y en segundo lugar, en la existencia de un nivel freático superior al previsto y a la existencia de sulfatos en las aguas. El precio fue aumentado en 2.836.317,50 € y el plazo de ejecución se incrementó en 11,5 meses. La modificación se formalizó el 26 de Mayo de 2005. El acta de reanudación de las obras se levantó el 1 de Junio de 2005. El acta de comprobación del replanteo de la modificación se levantó el mismo día. Mediante escrito de fecha 28 de Octubre de 2005, el arquitecto director facultativo de las obras solicitó una nueva suspensión temporal parcial de las obras²⁷⁷. El 2 de Noviembre de 2005, previa autorización del

²⁷⁵En otro orden de cosas cabe añadir que, pese a la procedencia de la modificación propuesta, el contratista podría instar la resolución del contrato, en virtud de lo previsto en el Art. 149.e) del T.R.L.C.A.P. No obstante, el contratista ha manifestado en el trámite de audiencia su conformidad a la modificación proyectada por un importe de 1.450.335,30 €, I.V.A. incluido (antecedente sexto), por lo que queda obligado a su ejecución si la propuesta fuera aprobada.

²⁷⁶ Ver Dictamen nº 403/2006 de 4 de Mayo de 2006, sobre Expediente relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura.- Conjunto San Gregorio de Valladolid.

²⁷⁷Los motivos que en esta solicitud se aducían eran los siguientes: - "Al proceder al desmontado para la posterior colocación de la cubierta del Patio de Estudios en el acceso principal del edificio, se observa que la estructura sustentante presenta un gravísimo deterioro que obliga a su apeo completo. Las causas son falta de trabazón entre los sillares que forman los pilares de piedra que sustentan la cubierta; las vigas de madera que aparentemente tiene[n] un buen aspecto exterior y que por el interior están completamente carcomidas sin ningún tipo de capacidad portante por lo que existe un grave riesgo de caída. El estado de la madera se debe fundamentalmente a que la tabla entre vigas está muy deteriorada por falta de transpiración, al haber solado en su época sobre la misma con baldosa hidráulica y colocar sobre ella la cubierta, causas que en ningún momento se podían prever sin desmontar las tejas, la ripia y el entablado de madera". - "A medida que se ha ido levantando el solado de tarima situado sobre los artesonados, han aparecido grandes zonas en las que la madera del artesonado presenta avanzado estado de descomposición por causas variadas". "Igualmente los empotramientos de varias vigas resistentes están podridos en la zona de fachada y por tanto es totalmente necesaria su reparación mediante prótesis que devuelvan la seguridad estructural a las zonas afectadas, así como la posterior restauración de las policromías tanto en la tabla como en las cabezas de las vigas". "Esta situación se ha visto agravada por la gran cantidad de escombros aparecidos, que están produciendo una sobrecarga que ha deformado la

Subsecretario de Cultura (otorgada el 28 de Octubre de 2005), se levantó acta de suspensión temporal parcial del contrato. El 2 de Noviembre de 2005, la Dirección Facultativa de las obras evacuó una memoria explicativa en la que se justificaban las causas y circunstancias no previstas que obligaban a la redacción de un segundo proyecto modificado al de renovación (2ª fase) en el Museo Nacional de Escultura Conjunto San Gregorio de Valladolid. En esta memoria se reproducían las consideraciones formuladas en la solicitud de 28 de Octubre de 2005. Se elaboró y se aprobó el "Proyecto modificado nº 2 al de renovación (2ª fase) en el Museo Nacional de Escultura Conjunto San Gregorio de Valladolid". En la memoria de este proyecto modificado nº 2 se reproducían las anteriores consideraciones, y se añadía que "para dar una mayor protección contra el robo, se propone aumentar el espesor de los vidrios de fachada del edificio de Azoteas y variar los de la fachada Oeste y Norte para protección contra los rayos ultravioleta". También se contemplaban todas aquellas unidades que habían sufrido variaciones en su medición, con especial incidencia en los artesonados y alfarjes. El importe de las obras contempladas en este proyecto modificado nº 2 suponía un 16% sobre el importe de la adjudicación inicial. Se preveía incrementar el plazo previsto en el mismo porcentaje (16%), lo que suponía 5,28 meses adicionales. Consta en el proyecto la firma de la contratista dando su aprobación al proyecto modificado n.º 2 y al precio final recogido en el mismo. También consta el acta de precios contradictorios, en la que los arquitectos autores del proyecto y la contratista declaran que los precios utilizados para la elaboración del presupuesto fueron, para las unidades de obra existentes en el proyecto primitivo, los precios que figuraban en el mismo, y para las unidades nuevas, los precios contradictorios calculados tomando como base igualmente los precios unitarios del proyecto primitivo. Se tramitó el oportuno procedimiento para la modificación del contrato.

estructura y que es imprescindible eliminar". - "En el edificio de azoteas está proyectada la construcción de una cubierta mediante losas de hormigón de grandes luces y cantos. Al demoler la cubierta existente para la ejecución de esta nueva estructura se descubre, que los muros donde se pretendía el apoyo de las cimbras y apeos para el hormigonado, están compuestos de materiales diversos -ladrillo, yeso tapial, madera- que hacen inviable utilizarlos como elemento resistente para las cargas previstas". "Por otra parte, es imposible el apeo en vertical puesto que se interpone una bóveda renacentista realizada en yeso de muy buena textura que hay que conservar". "Por lo tanto se hace necesaria la realización de una estructura independiente donde se pueda soportar un apeo de grandes luces que salve la bóveda descrita y permita la actuación por encima de la misma con seguridad y sin producir ningún deterioro". - "Asimismo, en la parte de edificio de azoteas colindante con el edificio principal en su zona de cubierta, es imprescindible, por motivos estructurales y formales la reconstrucción de la cornisa e imposta de piedra que fue destruido cuando se construyó el edificio de azoteas y que no se ha observado hasta no demoler la cubierta". - "De manera similar, en la zona interior de los arcos de fachada del edificio de azoteas se observa al tirar los techos que hay fajeados en la zona superior donde la piedra está en muy mal estado y se hace necesario sustituir para poder apoyar el nuevo forjado". - "Al levantar el suelo del claustro superior, se aprecia un entablado de escaso espesor que no hace posible que la tarima nueva a colocar tenga el espesor adecuado para mantener la cota de acabados y la estabilidad del conjunto poniendo en duda la fiabilidad de las viguetas de madera que quedarán bastante desprotegidas". "Se propone sustituir la tarima propuesta por otra de menos espesor de una madera mucho más resistente y densa, realizar un machihembrado metálico para aumentar la estabilidad estructural y dimensional de cara al agua de lluvia que penetra en el claustro". - "Una vez realizado el edificio de accesos se ha producido una situación en absoluto previsible en el momento de redacción del proyecto principal, pero que afecta a la clausura y privacidad del convento adyacente. Esta situación plantea problemas de vecindad, por tanto es necesario el recrecido del cerramiento en esa zona para reparar de manera definitiva ambos espacios de convivencia".

El 18 de Enero de 2006, se evacuó una propuesta de resolución. En ella se decía que procedía acordar la segunda modificación del contrato, aprobar un gasto de 1.261.985,36 € y un plazo adicional de 5,28 meses, así como levantar el acta de suspensión temporal total para la reanudación de las obras. Se exponía en esta propuesta que concurrían causas imprevistas que obligaban a la modificación "que son ajenas a la empresa adjudicataria de las obras". Estas causas eran las siguientes: "Conforme se ha ido accediendo a partes inaccesibles mediante labores de desmontaje o demolición previstas en el proyecto se va teniendo conocimiento del grave estado que presentan elementos hasta entonces ocultos, que provocan modificaciones en el proyecto con el fin de que se den las condiciones exigibles de resistencia, seguridad estructural, etc. que cada uno de esos elementos ha de cumplir en el conjunto de la edificación". En cuanto al interés público en aprobar la modificación, se observaba que "es evidente que existen razones de interés público para acometer la presente modificación, dada la necesidad de utilización de los edificios para el servicio público para el que está destinado" y que "asimismo resulta más conveniente al interés público proceder a la modificación que a la resolución del contrato y nueva licitación, tanto desde el punto de vista económico, temporal y técnico, teniendo en cuenta el mejor conocimiento que el adjudicatario tiene de la obra".

El Consejo de Estado entiende que en este expediente constituyen necesidades nuevas o causas imprevistas la aparición de materiales en mal estado en el edificio que alberga el Museo Nacional de Escultura, que imposibilitan o hacen improcedente la ejecución del proyecto en sus propios términos y a los que solo se ha podido acceder con ocasión de la ejecución del contrato, así como la conveniencia de reforzar la seguridad y la protección contra rayos ultravioletas ofrecidas por los cristales contemplados en el proyecto y la necesidad de recrecer el cerramiento que separa el edificio del convento colindante para garantizar la clausura y la privacidad de este. Como se advirtió en el dictamen del Consejo de Estado número 3357/2003, esta circunstancia debe ser apreciada de modo diferente según el contratista sea o no autor del proyecto y por consiguiente tenga o no la obligación contractual de redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la *lex artis* aplicable. El contrato no obligaba a la adjudicataria a la redacción del proyecto de ejecución. En este caso, la elaboración del proyecto corrió a cargo de la Administración, por lo que cualquier posible deficiencia o imprevisión de este resulta ajena al contratista²⁷⁸.

²⁷⁸Se expone en el expediente que "es evidente que existen razones de interés público para acometer la presente modificación, dada la necesidad de utilización de los edificios para el servicio público para el que está destinado" y que "asimismo resulta más conveniente al interés público proceder a la modificación que a la resolución del contrato y nueva licitación, tanto desde el punto de vista económico, temporal y técnico, teniendo en cuenta el mejor conocimiento que el adjudicatario tiene de la obra". Teniendo en cuenta estas circunstancias, cabe apreciar la concurrencia de un interés público en acordar la modificación propuesta. A consecuencia de la modificación del contrato, quedará obligada a la ejecución del proyecto modificado. Todo ello será obligatorio para la contratista, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 149.e L.C.A.P., de 1995, en cuanto a la posibilidad de resolución del contrato, por haberse producido una alteración del precio del contrato en más de un 20 por 100 del importe de aquel (si bien la empresa contratista ha manifestado su conformidad con la modificación propuesta).

Al año siguiente tenemos un Dictamen del Consejo de Estado de 2007²⁷⁹. El órgano de contratación autorizó sucesivas ampliaciones del plazo previsto de cumplimiento del contrato sin imposición de penalidades a causa de deberse a retrasos, no imputables a la adjudicataria, motivados por "dificultades urbanísticas". El 4 de Diciembre de 2003, la Presidenta de la G.I.E.E.C., de acuerdo con el Consejo de Estado, decidió una segunda modificación del contrato. En el Dictamen de este Consejo (número 3357/2003) se admitía de nuevo la aparición de "necesidades nuevas o causas imprevistas" que justificaban la reforma. Esta segunda modificación suponía un nuevo incremento del precio en 1.348.429,03 €, y la ampliación del plazo contractual por tres meses para la ejecución de las obras. El reformado suponía el cambio en la solución constructiva del fondo del recinto estanco a fin de ejecutar una losa anclada resistente a la sub presión; se variaron, asimismo, las pantallas y se atendieron los requerimientos de la Dirección General de Cultura de la Región de Murcia en lo referente a la altura de uno de los edificios. El 9 de Diciembre de 2003, se levantó la suspensión del contrato y se decidió la reanudación de las obras. El 13 de Junio de 2005, previa autorización de la Presidencia de la G.I.E.E.C., se levantó nueva acta de suspensión temporal parcial de las obras con base en "cambios sustanciales en el Programa de Necesidades, entre otras causas por condicionantes de la Autoridad Portuaria que ha construido un pantalán frente al cantil que da al Museo, lo que hace inviable el uso previsto en varios locales programados, por lo que habrá que sustituirlos por otros, lo que se traduce en cambios de dimensiones, acabados, instalaciones, etc.". Obra en el expediente un informe del Arquitecto Director de las obras de 6 de Junio de 2005, en el que se explica que "la Autoridad Portuaria ha cedido a una empresa mixta formada por Izar y una empresa holandesa, la explotación del frente del cantil para la ejecución de un puerto para atraque de grandes yates. Esta obra, que ya está ejecutada, impide el acceso al Museo del barco que utilizan para las campañas arqueológicas y que repercute de forma básica en los trabajos del Centro Nacional de Investigaciones Submarinas; incidencia que imposibilita la utilización de los almacenes y locales auxiliares proyectados para realizar dichos trabajos obligando a cambiar su uso y dedicar esa zona como Sala de Exposiciones Temporales, que aunque necesaria y prevista en el programa de necesidades debido a la importancia del Museo, había perdido su ubicación cuando se eliminó la zona del Museo que daba vista submarina al cantil". Por todo ello, los cambios apuntados requieren "una redefinición de los espacios tanto en dimensionado como en acabados, instalaciones, etc., que se traduce básicamente en alargar el edificio administrativo unos 23 mts. ya que a la Sala de Exposiciones Temporales habría que dotarla de un acceso independiente (...), el tratamiento de los nuevos locales difiere del previsto para almacenes en cuanto a mayores necesidades y calidades que habrá que contemplar". El 17 de Octubre de 2005, el propio Arquitecto Director elaboró una memoria justificativa de la reforma propuesta, en la que se dice que "el Ayuntamiento de Cartagena cuando concedió la licencia de obra para la ejecución del Proyecto, condicionó la concesión de dicha licencia a la realización de la urbanización de la parcela donde se ejecuta el Museo, es por ello por lo que se incluye en este Reformado

²⁷⁹ Ver Dictamen de 21 de Junio de 2007, Número de expediente: 1126/2007 (EDUCACIÓN Y CIENCIA) Referencia: 1126/2007. Asunto: Expediente relativo a la tercera modificación del contrato de "Redacción, dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Submarinas de Cartagena (Murcia)".

un Capítulo de urbanización una vez que se han fijado los límites físicos de dicha parcela, situación que no estaba definida con exactitud cuando se ejecutó el proyecto".

Continúa la memoria con una referencia a la ejecución de un puerto para el atraque de grandes yates que impide el acceso al Museo que utilizan para las campañas arqueológicas y que repercute en los trabajos; cambios todos ellos que se traducen en la necesidad de "alargar el edificio administrativo", además de que el tratamiento de los nuevos locales difiere del previsto. En cuanto a la climatización, se dice que "en el proyecto inicial la instalación era muy somera y ajustada en exceso y en este momento, debido a las características de la ubicación del Museo con oscilaciones de temperatura y de humedad (...) y con la incorporación de las nuevas Salas de Exposiciones Temporales que hay que climatizar, se hace necesario recalcular todo el sistema de climatización para ampliarlo y adecuarlo a las nuevas necesidades". Concluye la memoria que el proyecto reformado también incluye el falso techo del edificio lucernario (para que no se vea la estructura metálica de dicho edificio) y el cartel del museo que identifique el mismo, fabricado en Aluminio-Magnesio y "formado por letras de 2 mts., de altura", que se extiende por toda la fachada sur del edificio administrativo; en un principio, estaba previsto ejecutar las letras rehundidas en el propio muro de hormigón visto, pero en el momento del replanteo se ha visto que surgían problemas con las armaduras del muro "cuyo recubrimiento, que ya debía ser elevado por estar en un medio marino muy agresivo, había además que aumentarlo con la profundidad necesaria para conseguir el rehundido de las letras, lo que se traducía en al menos 10 cm. de espesor sin armadura, dimensión excesiva estructuralmente que produciría su deterioro a corto plazo por desprendimiento con toda seguridad y lo que es peor, sin posibilidad alguna de reparación por ser un muro de hormigón visto".

A la vista de todo ello, y previo informe favorable de la Subdirección General de Obras el día 19 de Octubre de 2005, el Presidente de la G.I.E.E.C., autorizó en 24 de Octubre de 2005, la redacción de un nuevo proyecto reformado. En dicho informe se considera que el importe estimado del proyecto reformado alcanzará alrededor del 32.50% del precio de adjudicación del contrato principal. El 23 de Enero de 2007, se elevó propuesta de resolución sobre la tercera modificación del contrato y la subsiguiente aprobación del gasto. En ella se dice que procede acordar la tercera modificación del contrato, aprobar un gasto adicional de 3.610.894,25 € con cargo a la presente anualidad, establecer un plazo de ejecución de la obra de seis meses y medio adicionales, y ordenar la reanudación de las obras. Se justifica dicha propuesta en que "se han producido una serie de causas que no pudieron preverse ajenas a ambas partes de contrato, ya que la cesión por parte de la autoridad portuaria a una empresa mixta, de la explotación del frente del cantil para ejecución de un puerto de atraque de grandes yates impide el acceso al Museo del barco utilizado para las campañas arqueológicas, lo que obliga a reconsiderar la utilidad de los almacenes y locales auxiliares proyectados para realizar los trabajos del Centro Nacional de Investigaciones Submarinas, cambiando su uso como Sala de Exposiciones Temporales. La incorporación de las nuevas salas de exposiciones temporales y las características de ubicación del Museo hacen necesario recalcular el sistema de climatización para adecuarlo a las nuevas necesidades. Igualmente, la estructura del edificio lucernario incluyéndose en el mismo un falso techo que oculte la estructura metálica (...). La imposibilidad de ejecutar la identificación del museo mediante letras rehundidas en el muro de hormigón (...), se

prevé la realización de un cartel en aluminio-magnesio formado por letras de 2 metros de altura (...). Una vez fijados los límites físicos de la parcela, no definidos con exactitud cuando se redactó el proyecto, se prevé la realización de la urbanización de la parcela del Museo, exigida por el Ayuntamiento de Cartagena. Se incluyen cableados de las nuevas instalaciones especiales que son necesarias para cumplir con las necesidades del Museo en cuanto a seguridad, tales como megafonía, control de accesos, seguridad anti intrusión y circuito cerrado de televisión e instalación de agua nebulizada en nuevos almacenes...". En cuanto al interés público justificativo de la modificación, se señala en la propuesta "en primer lugar, la importancia de contar con un museo de estas características en nuestro país, no solo por carecer de uno actualmente, sino también por la posibilidad de que se pueda convertir en Sede Internacional. En segundo lugar, desde el punto de vista económico, el coste del reformado siempre es menor que en el caso de que se procediera a una resolución del contrato actualmente vigente y a una nueva licitación, teniendo en cuenta que técnicamente no supondría mejora alguna, al tener que ejecutarse las obras tal y como están previstas en el proyecto reformado presentado, por lo que se situaría en el nivel que actualmente tiene, además de que las características del museo y la naturaleza de las funciones que debe desarrollar obligan a que esté ubicado necesariamente al lado del mar, con las dificultades técnicas que ello conlleva siempre. Por otra parte hay que tener en cuenta el mejor conocimiento que el adjudicatario tiene de la obra y el aplazamiento que supondría una nueva licitación con el reseñado aumento de costes, lo que avala la decisión de continuar la ejecución del contrato con el mismo contratista, ya que de lo contrario no supondría ninguna ventaja para la Administración".

El contrato obligaba a la adjudicataria a la redacción del proyecto de ejecución de la obra (el básico había sido ya aportado durante la licitación) y a la dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia)" con arreglo a dicho proyecto. Las obras habrían de revestir una especial dificultad dado que era preciso construir bajo rasante al menos 2.000 m² en una superficie limitada (que obligaba a profundizar entre 4 y 6 mts.) situada a una distancia de solo veinticinco metros del mar, con el consiguiente riesgo de filtraciones o inundaciones. De ello existía constancia expresa en las "Bases Técnicas para el desarrollo del proyecto y obra". No obstante, como entendió este Consejo en el Dictamen número 583/2001, de 29 de Marzo de 2001, durante el periodo de ejecución del contrato aparecieron varias circunstancias que obligaron a la Administración a hacer uso de su prerrogativa de *ius variandi*. Una de ellas se debía a la aparición de problemas técnicos asociados a una permeabilidad del terreno que resultó ser mucho mayor que la que podía razonablemente preverse, lo cual impedía la realización del proyecto básico tal y como había sido presentado en la fase de licitación. De acuerdo con ese dictamen se consideró que existía justificación suficiente para modificar el proyecto y la obra subsiguiente y así se hizo. La segunda modificación tuvo su causa en la solución misma propuesta en la primera señalada modificación, que resultó inviable ante la aparición de circunstancias que, según los documentos incorporados al expediente, debían ser calificadas nuevamente como imprevisibles, y así lo consideró este Consejo de Estado en el dictamen que emitió con motivo de esa segunda modificación.

Explica el Consejo de Estado que la modificación (la tercera) que ahora se pretende encuentra su razón de ser en circunstancias imprevisibles en el momento de celebración del contrato no imputables al contratista, como son las dificultades de acceso al Museo derivadas de la construcción de un embarcadero de grandes yates, así como la necesidad de transformar los almacenes y locales auxiliares proyectados para la ejecución de las Salas de Exposiciones Temporales, lo que entre otras cosas implica tener que alargar el edificio administrativo así como variar el sistema de climatización; sustituir ciertos elementos constructivos (muro de hormigón por cartel en aluminio-magnesio) y alterar la estructura del edificio lucernario. Empezando por la existencia de necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas, hay ciertamente una causa imprevista no imputable a la contratista, como es la ejecución de un puerto de atraque de grandes yates que ha pasado a impedir el acceso al Museo mediante el barco utilizado para las campañas arqueológicas, lo que obliga a reconsiderar la utilidad de los almacenes y locales auxiliares y a cambiar su uso para ejecutar una Sala de Exposiciones Temporales. El Consejo de Estado entiende asimismo que, de acuerdo con los antecedentes remitidos, concurre en este expediente un interés público en acordar la modificación propuesta. Se dice a este respecto del expediente que el interés público en aprobar la modificación se justifica en la pertinencia de contar con un museo de estas características en nuestro país (del que se carece), museo que podría alcanzar dimensión internacional²⁸⁰.

Finalmente, hacer mención a un Dictamen del Consejo de Estado de 14 de Julio de 2011²⁸¹. Mediante Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 1 de Febrero de 2010, se elevó a definitiva la adjudicación provisional adoptada para la contratación de las obras de reforma y adaptación del edificio sede de la Dirección Provincial del INSS en Sevilla (fase B), situado en la calle Sánchez Perrier, nº 2, a una empresa. Con fecha 21 de Diciembre de 2010, el Director Facultativo de las obras, emitió un informe sobre la necesidad de redactar un modificado del Proyecto de ejecución de las obras de referencia. Expone que, a la vista de lo ejecutado hasta la finalización del contrato de la anterior Dirección Facultativa, se ordenó la ejecución de un estudio de resistencia estructural y la auditoría de los proyectos de instalaciones vinculados al Proyecto de ejecución en vigor, estudios que fueron realizados por empresas independientes subcontratadas por la empresa adjudicataria, imputándose al control de calidad. Señala que, durante los trabajos de demolición se ha puesto al descubierto el estado real que presenta la estructura del edificio y que se encontraba oculta por los distintos revestimientos y tabiquerías. Precisa que la primera inspección visual realizada puso de relieve, de forma general, la falta de recubrimiento en los distintos elementos estructurales del edificio; en este sentido, durante la visita a las obras e instalaciones de referencia en calidad de Director

²⁸⁰En segundo lugar, desde el punto de vista económico, el coste del reformado siempre es menor que en el caso de que se procediera a una resolución del contrato actualmente vigente y a una nueva licitación, con las adicionales dificultades técnicas que ello conllevaría en este caso. Por otra parte, hay que tener en cuenta el mejor conocimiento que la adjudicataria tiene de la obra y el aplazamiento que supondría una nueva licitación. Todo ello avala aquí la decisión de continuar la ejecución del contrato con la misma contratista, sin perjuicio de que resulte sorprendente el precio final que arroja la obra objeto del contrato, que ha duplicado con mucho el precio de adjudicación.

²⁸¹Ver Dictamen del Consejo de Estado de 14 de Julio de 2011. Número de expediente: 974/2011 (TRABAJO E INMIGRACIÓN). Referencia: 974/2011. Asunto: Modificación del contrato de las obras de reforma y adaptación del edificio sede de la Dirección Provincial del INSS en Sevilla (Fase B).

Facultativo, y en presencia del Jefe de Obra de la empresa adjudicataria, se constata que las catas de estructura y la obtención de muestras, tanto en forjados como en pilares, para la ejecución del estudio de resistencia y evaluación estructural se habían realizado de forma conveniente, según el criterio de la empresa. Asimismo, la verificación y auditoría de las instalaciones se encargó a la empresa. En ambos casos, se pretendía determinar la viabilidad del refuerzo de estructura previsto en el Proyecto adjudicado y el cumplimiento de la normativa vigente en lo referente a las instalaciones diseñadas y calculadas. Añade la Dirección Facultativa que, analizados los documentos elaborados por las citadas empresas, se constatan las graves deficiencias de la estructura portante y la falta de adecuación a la normativa vigente en materia de instalaciones²⁸².

Mediante Resolución de la Dirección General del I.N.S.S. de 14 de Abril de 2011, se aprobó el Proyecto Modificado al de obras de reforma y adaptación del edificio sede de la Dirección Provincial del INSS en Sevilla (fase B)²⁸³. La modificación propuesta implica un coste de 6.005.240,92 € (I.V.A., incluido), lo que supone un incremento del

²⁸²Por consiguiente, con todos esos datos tomados *in situ* y con el tratamiento de los mismos, se elabora el informe por parte de la Dirección Facultativa. A partir de ello, se detiene el informe en distintas cuestiones relativas a estructura e instalaciones técnicas, de lo que deduce la necesidad de introducir modificaciones en el proyecto vigente, por lo que se proponen diversas soluciones técnicas, relativas a estructura vertical (pilares), estructura horizontal (forjados), estructura de cubrición de la Sala de Usos Múltiples, instalación de climatización y otras instalaciones técnicas. Concluye que "se hace imprescindible, para el buen desarrollo de la obra y el cumplimiento de la normativa vigente, contemplar la incorporación de las unidades de obras necesarias, que deberán ser recogidas en un Proyecto Modificado, cuya redacción se solicita mediante el presente escrito". La valoración aproximada de este Proyecto Modificado se establece en 5.067.578,98 € (I.V.A., no incluido), lo que representa un incremento del 64% sobre el importe de adjudicación de la obra. Con fecha 7 de Enero de 2011, la Subdirección General de Gestión Económica y Presupuestaria del INSS, emitió informe sobre la propuesta para redactar un proyecto modificado, formulada por el Director Facultativo de las obras. Señala que son ciertos y conocidos los problemas enumerados en la citada propuesta, siendo también adecuadas y convenientes las soluciones que se describen, motivadas por necesidades detectadas durante los trabajos de demolición, así como resultado de la auditoría de los proyectos de instalaciones, y surgidas como consecuencia fundamentalmente de los aspectos que a continuación se indican. En relación con la estructura, menciona la falta de recubrimiento mínimo con incumplimiento de la estabilidad estructural frente al fuego y minoración de la resistencia estructural del edificio, la insuficiencia de la capa de compresión y su armadura, insuficiencia en el comportamiento de flexión y deformación de los forjados, y deficiencia en la reforma proyectada para la cubrición de la Sala de Usos Múltiples, que lleva consigo recalcular esfuerzos y replanteo del sistema de cubrición. En cuanto a las instalaciones, se refiere a la actualización de las soluciones técnicas propuestas, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa de cara a su legalización futura y mejora de la eficiencia energética, a la adecuación de la instalación eléctrica a la normativa vigente y a las nuevas necesidades surgidas de la modificación de otras instalaciones técnicas, y a la adecuación, por igual motivo, de la instalación de fontanería y contra incendios. Termina indicando que, para poder ejecutar dichas obras, se precisa la elaboración de un proyecto modificado del Proyecto de Ejecución, por lo que se considera que es de aplicación lo previsto en los Arts. 202 y 217 de la L.C.S.P. y concluye que, salvo superior criterio, puede accederse a dicha solicitud.

²⁸³Con fecha 25 de mayo de 2011, la Subdirección General de Gestión Económica y Presupuestaria del INSS, emitió un informe complementario, como continuación al emitido el 18 de Abril anterior. Señala el nuevo informe que el proyecto modificado de las obras está basado en la detección de deficiencias imprevistas y de imposible detección cuando se redactó el proyecto principal, tal y como queda expuesto en el informe emitido por la Dirección Facultativa en fecha 21 de Diciembre de 2010, y en el informe de la Oficina de Supervisión de 7 de Enero de 2011; y añade que el modificado que se tramita no afecta a las condiciones esenciales del contrato, pues el mismo mantiene los fines y características básicas del proyecto inicial.

64,27% sobre el precio del contrato, con un aumento del plazo de ejecución de 19 meses y 8 días²⁸⁴.

Elaborado y aprobado el Proyecto Modificado, se ha tramitado la modificación del contrato de obras objeto del presente expediente, que no ha sido objetada por los órganos pre informantes. El Servicio Jurídico Delegado Central en el I.N.S.S., considera que, en el presente caso, está acreditada la concurrencia de razones de interés público, y la Subdirección General de Gestión Económica y Presupuestaria del I.N.S.S., ha informado que el proyecto modificado de las obras está basado en la detección de deficiencias imprevistas y de imposible detección cuando se redactó el proyecto principal; y añade que el modificado que se tramita no afecta a las condiciones esenciales del contrato, pues el mismo mantiene los fines y características básicas del proyecto inicial. A la vista de todo ello, el Consejo de Estado no objeta la modificación a que se refiere la consulta²⁸⁵.

4.2.3. Letra c).

En la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público se afirma que la Ley 2/2011, de 4 de Enero, de Economía Sostenible, en relación con el tema del concepto de fuerza mayor²⁸⁶ se apunta que hay que entender que el concepto de fuerza mayor a que se refiere el precepto transcrito no es el que establece descriptivamente el Art. 214 de la L.C.S.P (231 T.R.L.C.S.P), ya que este precepto se refiere en concreto al contrato de obras (y a la fase de ejecución de las obras en el contrato de concesión de obra pública), siendo así que la regla del Art. 92 *quáter*, apartado 1 c), de la L.C.S.P (107 T.R.L.C.S.P) es aplicable a todos los contratos que regula este texto legal. Es por ello por lo que el concepto de fuerza mayor que ha de

²⁸⁴En la tramitación del expediente se ha justificado la necesidad de la modificación propuesta, así como las razones de interés público que la amparan, sobre la base de causas imprevistas. Así se desprende, en primer término, del informe emitido por el Director Facultativo de las obras (tras haber sido asumida la Dirección de las obras directamente por el I.N.S.S, una vez fallecido el anterior Director Facultativo). En dicho informe, se refiere cómo durante los trabajos de demolición, se ha puesto al descubierto el estado real que presenta la estructura del edificio y que se encontraba oculta por los distintos revestimientos y tabiquerías; cómo, tras la realización de distintos estudios, se han constatado las graves deficiencias de la estructura portante y la falta de adecuación a la normativa vigente en materia de instalaciones. A partir de ello, se detiene el informe en distintas cuestiones relativas a estructura e instalaciones técnicas de lo que deduce la necesidad de introducir modificaciones en el proyecto vigente, por lo que se proponen diversas soluciones técnicas, relativas a estructura vertical (pilares), estructura horizontal (forjados), estructura de cubrición de la Sala de Usos Múltiples, instalación de climatización y otras instalaciones técnicas; y concluye que se hace imprescindible, para el buen desarrollo de la obra y el cumplimiento de la normativa vigente, la elaboración de un Proyecto Modificado. La Subdirección General de Gestión Económica y Presupuestaria del INSS emitió informe en el que confirmaba que eran ciertos y conocidos los problemas indicados y consideraba adecuadas y convenientes las soluciones descritas, motivadas por necesidades detectadas durante los trabajos de demolición, así como resultado de la auditoría de los proyectos de instalaciones.

²⁸⁵Por lo demás, cabe apuntar que, pese a la procedencia de la modificación propuesta, su importe excede del 20% del precio primitivo del contrato, por lo que el contratista podría instar su resolución, a la vista de lo previsto en el Art. 220.e de la L.C.S.P. No obstante, el contratista ha manifestado su conformidad a la modificación proyectada (antecedente séptimo), mediante la firma del acta de precios contradictorios, por lo cual queda obligado a su ejecución si fuera aprobada (dictámenes 933/2009 y 208/2011).

²⁸⁶ Circular citada también por BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

tenerse en cuenta a los efectos del precepto legal últimamente citado no es el del Art. 214, sino el que resulta del Art. 1105 del C. Civil.

COLÁS TENAS, J²⁸⁷ explica que con carácter general se entiende por «caso fortuito» lo que acontece inesperadamente, o sea a lo "imprevisible"; la «fuerza mayor» alude a lo irresistible, es decir lo "inevitable"²⁸⁸. El Art. 214 L.C.S.P., regula la fuerza mayor en la ejecución del contrato de obras, el Art. 225 L.C.S.P., en relación con el contrato de concesión de obra pública, y el Art. 258 en relación con el contrato de gestión de servicios públicos. En ambos casos, se trata de supuestos de incumplimiento de obligaciones, por imposibilidad sobrevenida no imputable al contratista.

4.2.4. Letra d).

Según COLÁS TENAS, J²⁸⁹ estamos ante una circunstancia que responde a lo que la doctrina científica denomina «cláusula de progreso», y que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de Enero de 1977 y 10 de Noviembre de 1981, EDJ 1981/7667), que entendían implícita dicha cláusula en las concesiones de servicios públicos. El antecedente legal de la cláusula de progreso, lo encontramos en la Ley 55/1999 (EDL 1999/63975), en cuyo Art. 60 se regulaba el contrato de servicios de gestión de autovías como nueva modalidad del contrato de servicios, obligando al concesionario a modernizar y reformar las infraestructuras para adaptarlas a la correcta prestación del servicio. Algunos autores de la doctrina consideran, sin embargo, que en realidad la cláusula de progreso es una condición de ejecución del contrato, y no una causa modificativa del mismo²⁹⁰.

4.2.5. Letra e).

En relación con este precepto hay que hacer referencia a la Recomendación (Informe 73/11 arriba citado) MEH_RECOM_Art. 107 de 1 de Marzo de 2012, de la J.C.C.A., a los órganos de contratación sobre la interpretación del régimen contenido en el Art. 107 T.R.L.C.S.P., sobre las modificaciones de los contratos. En todos los casos. A tenor del el Art.1º7.1.e. cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato.

COLÁS TENAS, J²⁹¹ señala que se recoge así, en esta circunstancia, el denominado *factum principis*. Esta figura prevé el caso en el cual las modificaciones de las condiciones de cumplimiento del contrato no derivan de la voluntad expresa de la

²⁸⁷ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

²⁸⁸ Ver, CRISTOBAL MONTES A: "El incumplimiento de las obligaciones". Tecnos. Madrid, 1989. Pág. 170-172.

²⁸⁹ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

²⁹⁰ Ver, GIMENO FELIU JM. (2011): "El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio". Revista Española de Derecho Administrativo. Número 149. Madrid, 2011.

²⁹¹ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

Administración contratante, sino de una actuación de la Administración ajena al contrato, pero que incide en el mantenimiento del equilibrio económico del mismo. La teoría del *factum principis*, alude, pues, a la alteración indirecta de la prestación contratada, sin mediar modificación, debida a medidas administrativas generales, que aunque no modifican directamente el objeto del contrato ni lo pretenden, inciden sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. El Tribunal Supremo considera (S.T.S. de 25 de Abril de 1986, EDJ 1986/2797, y de 20 de Diciembre de 1986, EDJ 1986/8527), necesario, para que se produzca el derecho indemnizatorio en estos casos, que ha de tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación.

Muy ilustrativo es el Dictamen del Consejo de Estado de 2011²⁹², sobre las obras de la presa de Yesa. Dichas obras comenzaron en 1928, año en el que se inició la excavación. Se prolongaron hasta 1959, año en que el embalse entró en servicio. El aumento de la demanda de agua en la cuenca del Ebro, para abastecimiento de agua a Zaragoza y su entorno, consolidación de la zona regable de Bardenas, aportación de excedentes a la cuenca del Gállego, y otros usos, dio lugar a un proyecto de recrecimiento de la presa cuya versión de 4 de Marzo de 1993, fue sometida a información pública y a evaluación de impacto ambiental en Mayo de dicho año. En el período de información pública se presentaron 2.583 alegaciones que fueron informadas por los servicios técnicos de la Confederación Hidrográfica del Ebro. La Dirección General de Política Ambiental, tras solicitar el 7 de Julio de 1994, la modificación del estudio de impacto ambiental y ser corregido éste mediante la incorporación de documentación complementaria entre Octubre de 1998, y Marzo de 1999, aprobó la declaración de impacto ambiental el 30 de Marzo de 1999. Como consecuencia de la citada declaración y de los estudios ambientales realizados, en Abril de 1999, se redactaron una Adenda al proyecto modificado y un Pliego de Bases de asistencia técnica para la redacción del Plan de restitución territorial del entorno del embalse de Yesa. El 8 de Junio de 1999, se anunció el concurso de proyecto y obra del "Recrecimiento de la presa de Yesa sobre el río Aragón. Adenda de medidas correctoras de Impacto Ambiental y Plan de Restitución Territorial de su entorno (Navarra y Zaragoza)", con un Presupuesto total de ejecución por contrata de 23.000.000.000 de ptas (128,23 millones €). La obra fue adjudicada a la U.T.E constituida por varias empresas. El proyecto realizado por esta U.T.E había sido informado favorablemente por un ingeniero del Área de Presas, por la Confederación Hidrográfica del Ebro y por la Oficina Supervisora de Proyectos, señalándose que no había sufrido modificaciones sustanciales con relación al proyecto que fue sometido a información pública y que mantenía la misma implantación, cota y superficie afectada. Por lo que el 12 de Diciembre de 2000, el Secretario de Estado de Aguas y Costas, con la conformidad del Servicio Jurídico del departamento, aprobó el proyecto de la U.T.E. El 20 de Diciembre de 2000, se procedió a la adjudicación del concurso con un precio de 18.889.900.000 ptas. (113.530.585,51 €), con rebaja de 0,792461089 salvo para las obras del Plan de

²⁹² Ver Dictamen del Consejo de Estado de 22 de Junio de 2011. Número de expediente: 972/2011 (MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO). Referencia: 972/2011. Asunto: Proyecto 12/08, modificado nº 3 del de recrecimiento del embalse de Yesa sobre el río Aragón, adenda con medidas correctoras del impacto ambiental y plan de restitución territorial de su entorno, términos municipales de Yesa y otros (Navarra y Zaragoza).

Restitución Territorial a las que se le aplicó un coeficiente de adjudicación de 1,00. El plazo de ejecución era de 55 meses con derecho a revisión de precios (fórmula 10). El contrato fue firmado el 3 de Enero de 2001. El 2 de Febrero de 2001, se firmó el acta de comprobación del replanteo pero sin inicio de las obras, acordándose el inicio de las obras en cuanto se dispusiera de los terrenos afectados. El 2 de Mayo de 2001, pese a que no se disponía de la totalidad de los terrenos, se suscribió un Acta complementaria en la que se ordenaba el comienzo de las obras en las partes no afectadas por la indisponibilidad. El 6 de Noviembre de 2001, el Director de las obras solicitó autorización para redactar la Modificación nº 1 del Proyecto. La autorización le fue concedida el 1 de Febrero de 2002, por la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas. El 15 de Febrero de 2002, se levantó la suspensión temporal parcial de la parte de obra afectada por la modificación. El Proyecto Modificado nº 1 se redactó en Febrero de 2002, y fue aprobado por el Secretario de Estado de Aguas y Costas el 15 de Octubre de 2002. Producía un adicional líquido de 889.946,74 €, lo que representaba un incremento del 0,79% respecto al presupuesto de adjudicación. El presupuesto líquido de ejecución por contrata ascendió por tanto a 114.430.532,25 €. El plazo de ejecución de las obras se incrementó en un mes. El contrato se suscribió con el mismo contratista el 26 de Diciembre de 2002. En el Acta de comprobación del replanteo constaba la viabilidad del proyecto en la parte afectada por el Modificado nº 1, aunque todavía no había disponibilidad de algunos terrenos que afectaban a la variante del Camino de Santiago y a algunas zonas de actuación medioambiental²⁹³.

La Dirección General del Agua autorizó la redacción de la Modificación nº 2 del proyecto el 22 de Julio de 2004. El 27 de Octubre de 2004, ante el perjuicio que representaba la suspensión temporal parcial de las obras afectadas por la Modificación, la Ministra del departamento autorizó su continuación provisional, conforme a lo dispuesto en el Art. 146.4 de la L.C.A.P. El Proyecto Modificado nº 2 fue aprobado por la Ministra de Medio Ambiente el 11 de Mayo de 2005, con un adicional líquido de 10.437.423,30 € (incremento del 9,12% respecto al presupuesto vigente, y adicional acumulado de 11.337.370,04 €, lo que representa un incremento del 9,99% respecto al presupuesto de adjudicación). El presupuesto líquido de ejecución por contrata quedó en 124.867.955,55 €. El contrato se suscribió con el mismo contratista el 31 de Mayo de 2005, manteniéndose como fecha de finalización de las obras el 31 de Diciembre de 2007. Después de la aprobación definitiva del proyecto se han definido, por parte de las Comunidades Autónomas competentes, nuevas figuras de protección ambiental contiguas o cercanas territorialmente al entorno del embalse. El Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino consideró obligada la actualización de la valoración de la repercusión medioambiental de las obras "por cuanto que desde la realización del

²⁹³El 16 de Junio de 2004, el Director de las obras solicitó autorización para la redacción de la Modificación nº 2 del Proyecto por las siguientes causas: - Imposibilidad de continuar la excavación del cuerpo de la presa, si no se aumentaba la protección de los taludes y la estabilización de algunas zonas del terreno, que presentaban una disposición desfavorable de su estratificación. - Necesidad de dotar de una mayor garantía de suministro eléctrico a las instalaciones y adaptarlas a la nueva normativa vigente. *Incremento de excavaciones arqueológicas por aparición de yacimientos desconocidos. - La ejecución del camino de acceso a la gravera por la margen izquierda del embalse afectaba a una ladera con importantes problemas de erosión que resultaba necesario estabilizar. - Necesidad de controlar el comportamiento de la presa actual durante la construcción del recrecimiento. - Mejora de la cimentación de la carretera, que discurre sobre vertederos realizados durante la construcción de la presa.

Estudio de Impacto Ambiental y de su correspondiente DIA, numerosas especies, comunidades vegetales y elementos del medio biótico habían sido incorporados a la legislación ambiental, o bien habían cambiado de categoría. Por ello, se hizo necesario precisar y valorar la posible incidencia en el Proyecto de los valores faunísticos, florísticos y de protección del entorno natural, determinándose la existencia de posibles nuevas afecciones y su relevancia cualitativa y cuantitativa, analizándose también otro tipo de impactos de carácter socioeconómico y cultural". El Director de las obras contrató una consultoría para que redactase un estudio que diagnosticase la repercusión del Proyecto sobre las nuevas variables medioambientales, estudio que fue adjudicado el 18 de Diciembre de 2004, por 27.886,95 €. Fue entregado en Junio de 2005, y luego remitido al Instituto Aragonés de Gestión Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón que lo informó favorablemente el 29 de Agosto de 2005, sin perjuicio de nuevo proyecto y valoración del impacto ambiental. El 3 de Mayo de 2006, el Director General del Agua autorizó la redacción de la Modificación nº 3 del proyecto, coincidiendo sustancialmente con la propuesta inicial que habían hecho el Director de las obras y el Director técnico de la Confederación, con un adicional líquido de 8.912.816,93 € (el 7,14% de incremento respecto al presupuesto vigente) y un presupuesto de contrata resultante de 133.780.772,48 €. La suma de los adicionales representaba un incremento del 19,98% respecto al presupuesto de adjudicación (para lo que se dedujo el importe correspondiente a la segregación de la línea eléctrica). Por otra parte, se solicitaba una ampliación del plazo de ejecución de la obra de 5 meses. El Director General de Calidad y Evaluación Ambiental, en escrito de 12 de Julio de 2007, consideraba que la existencia ex novo de lugares de especial protección incluidos en la Red Natura 2000, el nuevo Proyecto debería someterse a nuevo procedimiento de evaluación ambiental. De conformidad con lo previsto en el Art. 3 del Real Decreto 1131/1988, de 30 de Septiembre, y lo dispuesto en la Directiva 85/337/CEE (modificada por las Directivas 97/11/CE y la 2003/35/CE), el Proyecto Modificado nº 3 habría de incorporar condiciones ambientales que garantizaran una evaluación favorable de su impacto en los lugares de la Red Natura 2000. El 18 de Julio de 2007, el Jefe del Área de Presas dirigió un escrito al Subdirector General de Infraestructuras y Tecnología en el que recomendaba la no aprobación técnica del Modificado nº 3 y que se procediese a la redacción de un nuevo proyecto porque los condicionantes geológicos y geotécnicos de la cerrada y márgenes del embalse son de gran complejidad, según se ha puesto de manifiesto durante la ejecución de las obras, y no se han estudiado suficientemente. Con la mayor carga hidrostática del terreno, podrían darse riesgos de deslizamiento en ambas márgenes. Además, la tipología adoptada para el recrecimiento conlleva a la asunción de riesgos innecesarios, en particular, en relación con las deformaciones que experimentará la presa existente y su cimiento, así como con los movimientos de su junta perimetral que podrían afectar a la estanqueidad de la presa y repercutir negativamente en su explotación. El 27 de Julio de 2007, el Director de las obras, con la conformidad del Director Técnico de la Confederación, solicitó formalmente la devolución de la Modificación nº 3 y la autorización para redactar un documento alternativo. El 7 de Agosto de 2007, la Inspección General de Servicios del Ministerio informó el proyecto nuevo indicando que las actuaciones adicionales que se proponen sobre los estribos de la presa responden a necesidades sobrevenidas. En relación con el tipo de presa elegido para el proyecto de recrecimiento, renuncia a consideraciones sobre la idoneidad técnica al entender que su verificación corresponde a las Oficinas de Supervisión de Proyectos, pero indica que es algo que "debería haberse solucionado

antes de la aprobación técnica del proyecto de construcción o antes de la aprobación de los modificados nº 1 y nº 2 y, desde luego, antes de la autorización de la modificación nº 3 de Mayo de 2006". En informe de 23 de Agosto de 2007, el Director de las obras reiteró su solicitud de aprobación de la nueva Modificación nº 3. El mismo día el Director General del Agua revocó la Resolución de 3 de Mayo de 2006, autorizando la redacción del proyecto modificado. Al día siguiente, 24 de Agosto de 2007, la Ministra de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino acordó autorizar la nueva redacción de la Modificación nº 3 del Proyecto; segregar del Proyecto la partida correspondiente a la reposición de la línea eléctrica, acordar la suspensión temporal, parcial o total, de las obras afectadas y que se levantase acta de suspensión temporal de las obras. El 20 de Noviembre de 2007, se inició nuevo procedimiento de evaluación ambiental con la redacción de un documento que se remitió, con carácter de consulta previa, a 35 entidades. Por Resolución de la Directora General del Agua de 26 de Febrero de 2009, se autorizó a la Confederación Hidrográfica del Ebro que incoase expediente de información pública del Proyecto Modificado nº 3. Se recibieron 3.713 escritos de alegaciones. El 20 de Agosto de 2009, la Abogacía del Estado informó favorablemente el expediente de información pública y el 16 de Septiembre siguiente se trasladó a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, para su consideración, en el estudio de evaluación ambiental. El 4 de Agosto de 2010, la Secretaría de Estado de Cambio Climático formuló la declaración de Impacto Ambiental favorable del Proyecto de la Modificación nº 3 del Recrecimiento del Embalse de Yesa sobre el río Aragón (Navarra y Zaragoza), que fue publicada en el BOE de fecha 14 de Agosto de 2010. El proyecto modificado número 3 incrementa el presupuesto en 97.795.278,15 € (78,32% respecto al presupuesto vigente) siendo el adicional acumulado al presupuesto original de 109.132.648,19 €, lo que representa un 99,70% de incremento respecto al precio de adjudicación, una vez descontado el presupuesto del capítulo correspondiente a la segregación de la línea eléctrica, quedando el presupuesto acumulado en 222.663.233,70 €. Lo que se explica por sí mismo en la siguiente tabla, obtenida del informe del Consejo de Obras Públicas:

| PRESUPUESTO EN EUROS | Vigente | Modificación nº 3 | Incremento en euros | Incremento en % |
|--|----------------|-------------------|---------------------|-----------------|
| 1. Cuerpo de presa | 42.258.920,27 | 53.299.478,79 | 11.040.558,52 | 13,57 |
| 2. Desagües de fondo y toma | 21.641.715,68 | 35.776.039,39 | 14.134.323,71 | 17,38 |
| 3. Aliviadero | 11.626.609,18 | 16.702.968,43 | 5.076.359,25 | 6,24 |
| 4. Urbanización | 304.662,67 | 737.873,44 | 433.210,77 | 0,53 |
| 5. Instrumentación y control | 1.210.593,15 | 4.375.294,01 | 3.164.700,86 | 3,89 |
| 6. Electricidad | 502.216,42 | 941.092,63 | 438.876,21 | 0,54 |
| 7. Carreteras de acceso a la presa | 862.809,99 | 3.058.638,28 | 2.195.828,29 | 2,70 |
| 8. Varios (sostenimiento de taludes, reposición servicios, etc. | 4.852.049,33 | 21.037.037,96 | 16.184.988,63 | 19,90 |
| 9. Medidas preventivas y correctoras de impacto medioambiental | 19.149.902,34 | 27.083.089,51 | 7.933.187,17 | 9,75 |
| 10. Estudio de seguridad y salud | 745.145,93 | 1.788.089,72 | 1.042.943,79 | 1,28 |
| 11. Plan de restitución territorial | 5.767.685,03 | 25.460.503,04 | 19.692.818,01 | 24,21 |
| P.E.M. | 108.925.309,99 | 190.260.105,20 | 81.334.795,21 | 100 |
| P.E.M. adjudicado | 87.516.088,84 | 156.057.775,23 | 68.541.686,39 | - |
| TOTAL presupuesto ejecución por contrata | 124.867.955,55 | 222.663.233,70 | 97.795.278,15 | - |

Además, se incorporan nuevas unidades de obra que han dado lugar a la formulación de 313 nuevos precios. La Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología, en funciones de Oficina Supervisora de Proyectos, a los efectos previstos en el Art. 128 del T.R.L.C.A.P., y del Art. 136.1 de su Reglamento, informa favorablemente. Señala que el objetivo de la Modificación nº 3 no es corregir defectos o imprevisiones del proyecto inicial, ni de sus sucesivas reformas, sino que obedece a circunstancias sobrevenidas e impredecibles con anterioridad a la celebración del contrato y de sus modificaciones: declaración de nuevas figuras de protección ambiental; mayor permeabilidad de la cerrada y mayor inestabilidad del terreno que las previstas inicialmente; adaptación a las nuevas técnicas del estado del arte en ejecución de presas. Reconoce que se trata de una alteración sustancial del proyecto inicial (la disminución de la cota de la presa conlleva una modificación de sus características básicas) pero rechaza la resolución del contrato y justifica la conveniencia de aprobar la Modificación nº 3 del proyecto con base en el interés público de la obra, que argumenta con razones económicas, sociales y otras de carácter técnico. Asegura que el contratista ha firmado su conformidad con la Modificación propuesta. El 19 de Noviembre de 2010, el Consejo de Obras Públicas en Pleno informó entre otras cosas que es preciso analizar si las modificaciones introducidas en el Proyecto obedecen a razones de interés público y son consecuencia de necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas y si estas circunstancias están debidamente justificadas en el expediente. "El primero de los requisitos, que existan razones de interés público, ha sido extensamente razonado en el informe de Supervisión de fecha 16 de Septiembre de 2010. Por una parte, las obras fueron aprobadas por el Pleno de las Cortes de Aragón, recogidas en el Pacto del Agua de Aragón, e incluidas en el Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro, siendo también declaradas de interés general y de utilidad pública, según lo dispuesto en el Art. 36.5 de la Ley 10/2001, de 5 de Julio, del Plan Hidrológico Nacional. También se han explicado en el expediente las razones de la necesidad y urgencia de concluir las obras y ser entregadas al uso público, señalando los riesgos inherentes a su paralización", alegándose la falta de garantías de la presa actual para hacer frente a las necesidades hídricas de la zona como el coste económico derivado del retraso en la puesta en funcionamiento de la infraestructura o el coste de oportunidad de las inversiones del Estado por falta de rentabilidad. Además, los costes para la Administración derivados de la resolución del contrato (indemnizaciones, costes de consolidación y protección de la obra ejecutada) así como de los derivados de un nuevo proceso de licitación, se han calculado en torno a los 33 millones €, por lo que "este Consejo coincide con los informantes al reconocer la existencia de muy importantes razones de interés público que aconsejan la continuación de las obras".

Entra, pues, el Consejo de Obras Públicas a considerar si la modificación es consecuencia de la aparición de necesidades nuevas o causas imprevistas. Y señala que la propuesta inicial del Proyecto Modificado nº 3 surge tras diversas modificaciones legislativas en materia ambiental de la legislación de las Comunidades Autónomas. La zona de recrecimiento del embalse de Yesa se encontraba muy próxima a varios espacios de la Red Natura 2000 (LIC ES24110060 río Aragón-Canal de Berdún, LIC ES2430047 Sierras de Leyre y Orba, ZEPA ES0000283 Sierras de Leyre y Orba y ZEPA ES0000284 Sotos y Carrizales del río Aragón). El descenso de la cota del embalse, además de la menor afección ambiental sobre la flora y la fauna del entorno, también reduce considerablemente los daños sobre otros bienes socio-culturales como

es el caso del casco urbano de Sigüés o de determinados hitos del Camino de Santiago que quedarán a salvo de la inundación del embalse.

La segunda razón de la modificación del proyecto ha sido la inclusión de determinadas actuaciones de refuerzo de los estribos de la presa y la estabilización de la ladera del Monte de Mérida. También se han incluido en la Modificación nº 3 otras actuaciones consistentes en la incorporación de nuevas técnicas del estado del arte en la ejecución de este tipo de presas (modificaciones del diseño de las juntas, del plinto y de la pantalla, así como el incremento de los aparatos de auscultación y su actualización tecnológica). "Tales circunstancias no deben calificarse, a juicio de este Consejo, de imprevisiones del proyecto inicial, sino de necesidades nuevas y causas imprevistas, pues en este tipo de obras es frecuente que los estudios iniciales del terreno, aun siendo apropiados de acuerdo con el estado del arte, no permitan un conocimiento tan intenso como el obtenido a lo largo de la propia ejecución de las obras". Pero aun así, se sostiene sobre la solución técnica adoptada -una presa apoyada en otra- que no ha sido informada previamente por el Consejo de Obras Públicas, que "sin ánimo de enjuiciar en el momento presente lo acertado de dicha elección -que a estas alturas resultaría improcedente- sí debe señalarse que es precisamente por dicha singularidad, y por la poca experiencia existente de este tipo de presas apoyadas en otras, por lo que cobra especial relevancia la necesidad de perfeccionar el diseño y la ejecución de cada uno de los distintos elementos de la presa, para intentar evitar la aparición de eventuales deformaciones (especialmente las que podrían conllevar unos asentamientos diferenciales y heterogéneos), fisuras o filtraciones, y garantizar el adecuado comportamiento de la presa durante su explotación, y sin lo cual no cumpliría debidamente con el objeto para el que ha sido proyectada". Sobre el presupuesto se indica que la elevada cuantía del incremento del precio del contrato, superior con mucho al 20% según el Art. 149.e) del T.R.L.C.A.P., es causa de resolución. Sin embargo, ni la Administración ni el Contratista han planteado tal posibilidad, manifestando su interés en la continuación de las obras. "Sobre este particular, este Consejo considera que resultaría inconveniente para el interés público resolver el contrato, y que la obra debería continuarse con el mismo contratista, puesto que éste, no solo dispone de todos los medios necesarios para la realización sin demora de la obra, sino que ha adquirido un dilatado conocimiento de la misma durante su ejecución, habiendo expresado su interés por la continuación. No obstante, durante la instrucción del presente procedimiento debería procederse a dar audiencia al Contratista formalmente, conforme a lo dispuesto en el Art. 146.3.b) del T.R.L.C.A.P.". Y sigue diciendo: "Tampoco considera este Consejo que esta propuesta de modificación, pese a su elevado coste, desfigure en lo esencial las características del contrato original, por lo que no habría de comportar un perjuicio o discriminación a los ofertantes que fueron rechazados en el concurso de la licitación, ni a terceros". El estudio del Consejo de Obras Públicas señala como conclusión lo siguiente: De las anteriores consideraciones, se desprende que el Proyecto de Modificación nº 3 está correctamente estudiado y tramitado, que soluciona satisfactoriamente las nuevas necesidades e imprevistos surgidos durante el desarrollo de las obras, que los servicios técnicos gestores proponen -su aprobación y la continuidad del contrato por razón del interés público, que la Administración contratante propone también su aprobación y que la empresa adjudicataria ha expresado conformidad al mismo, por lo que cumple con todo lo dispuesto en la legislación de contratos que le es de aplicación. Antes de la conclusión añade el Consejo de Obras

Públicas lo siguiente: ...DICT: Antes de concluir, no debe dejar de poner de manifiesto este Consejo que este expediente es un claro ejemplo de cómo, en los momentos actuales, las variables e imprevisibles consideraciones de carácter normativo, ambiental, social, cultural y políticas, influyen sobre un proyecto de obras, modificando de manera importante su configuración y uso finales, durante la fase de ejecución, aun habiendo superado el proyecto inicial los procedimientos de información pública e información ambiental. El resultado final es el incremento de costes del proyecto y, consecuentemente, del gasto público final. A este respecto, resulta oportuno recordar lo manifestado por el Consejo de Estado en su dictamen nº 1.989/2010, cuando señala la problemática existente en relación con la modificación de los contratos públicos al amparo de la legislación europea.

Hay un voto particular suscrito por dos Consejeros. Indican entre otras cosas que la Dirección General de Política Ambiental aprobó la declaración de impacto ambiental, que el concurso de proyecto y obra se adjudicó regularmente, que el contrato se firmó, el acta de comprobación del replanteo se levantó y dieron comienzo las obras. Solo cuando éstas ya estaban empezadas, la Ley 10/2001, de 5 de Julio, del Plan Hidrológico Nacional (BOE de 6 de Julio de 2001 y BOE de 2 de Agosto de 2001), y la Ley 11/2005, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de Julio, del Plan Hidrológico Nacional, "asumen en toda su extensión y contenido lo establecido en el Art. 38 del Texto Único de Contenido Normativo del Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro que fija el volumen de embalse del recrecimiento de la presa de Yesa en 1.525 hm. Por todo ello, al no haber sido modificado ni derogado este artículo de la ley, a juicio de este Consejero, no solo no se ha seguido el procedimiento establecido para modificar dicho volumen de embalse, sino que no puede modificarse sin previamente modificar la Ley del Plan Hidrológico Nacional". Se añade que en el informe del Consejo de Obras Públicas no se concretan las "diversas modificaciones legislativas en materia ambiental, emanadas de las Cortes de las Comunidades Autónomas implicadas, sin especificar cuáles son esas modificaciones y su contenido, quién las ha promulgado, ni con base en qué pueden modificar una ley del Estado y tener efectos retroactivos sobre resoluciones y derechos preexistentes. El debate sobre la cuestión ambiental se plantea en los siguientes términos: "A juicio de este Consejero, no resulta justificado y sí, totalmente desproporcionado que, después de tantos años transcurridos, y dinero público empleado, en los trabajos de planificación en la cuenca del Ebro y en el estudio del proyecto de construcción y que, después también de un período de más de 5 años de maduración para modificar los estudios de impacto ambiental y formular la declaración de impacto ambiental, un estudio de 27.886,95 €, que no figura en el expediente, sea capaz de (...) condicionar toda la inversión pública". Se considera también que las modificaciones propuestas tienen tal incidencia que deberían haber sido sometidas a los restantes beneficiarios y afectados de la cuenca del Ebro siguiendo el procedimiento legal y reglamentario. "El volumen total de embalse de la cuenca del Ebro es de 7.403 hm³, lo, cual significa que la reducción de embalse propuesta en Yesa, de 425 hm³, representa el 5,7 del total existente en la actualidad y podría garantizar el abastecimiento de una población de unos 4 millones de habitantes". Se alude, en fin, a la oposición de los regantes del canal de Bardenas y a un informe de la Oficina de Planificación

Hidrológica de la Confederación Hidrográfica del Ebro donde se analizan la pérdida de beneficios que se producirán por la reducción del volumen de embalse²⁹⁴.

El Art. 36 de la Ley 10/2001, de 5 de Julio, del Plan Hidrológico Nacional, dispone lo siguiente:

“Art.36. Programación de inversiones 1. A los efectos de la programación de inversiones públicas en obras hidráulicas, tendrán carácter prioritario las inversiones de aquellos sistemas de explotación que, identificados como problemáticos desde el punto de vista de la disponibilidad de recursos, no requieren transferencias externas para la satisfacción de sus demandas. 2. En la elaboración de la programación de inversiones públicas en obras hidráulicas se deberá establecer un equilibrio adecuado entre las

²⁹⁴La propuesta de resolución, elaborada el 11 de mayo de 2011, es la siguiente: 1º) Aprobar el Expediente de Información Pública. 2º) Aprobar el MODIFICADO N° 3 (12/08) por su presupuesto líquido (no incluye la redacción del proyecto inicial) de 222.663.233,70 € (incluido el IVA del 16%), que produce un adicional líquido sobre el presupuesto vigente de 97.795.278,15 € (incluido el IVA del 16%), equivalente al 86,14 por ciento del precio primitivo del contrato (elaboración del proyecto y realización de las obras) que, sumado a los adicionales aprobados supone un adicional acumulado, de 109.132.678,19 €, que equivale al 96,13 por ciento de dicho precio primitivo, haciendo constar que reúne los requisitos exigidos por la Ley y el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas y que incorpora el reglamentario Estudio de Seguridad y Salud. 3º) Aprobar los 313 nuevos precios, incorporados al MODIFICADO N° 3, calculados de conformidad con lo establecido en el Art. 158 del R.G.L.C.A.P. 4º) El plazo de ejecución se establece en 48 meses a contar desde que se encuentre vigente en la fecha de aprobación del gasto. 5º) Ordenar que se proceda a la tramitación requerida para la incorporación del MODIFICADO N° 3 al contrato vigente. 6º) La Confederación Hidrográfica del Ebro, procederá al replanteo del MODIFICADO N° 3, debiendo remitir la correspondiente Acta para su incorporación al expediente. 7º) Encomendar a la Confederación Hidrográfica del Ebro la comunicación de la presente resolución a los Ayuntamientos cuyos términos municipales estén afectados por las obras, a los efectos previstos en el Art. 127 del texto refundido de la Ley de Aguas. La propuesta de resolución cita el dictamen del Consejo de Estado n° 583/2011, de 29 de Marzo de 2001, en el que se establece que la imposición del requisito de "necesidades nuevas o causas imprevistas" tiene por objetivo no desnaturalizar el principio de licitación pública que rige en el ámbito de la contratación administrativa, evitando que dichas modificaciones alteren de forma improcedente los términos en los que la Administración invitó a los licitadores a formular sus ofertas. Señala la propuesta como necesidades nuevas, además de los motivos ambientales, y de adaptación a las nuevas técnicas del estado del arte en ejecución de presas, antes aludidos, también que la afección que el recrecimiento del embalse de Yesa producía sobre el Camino de Santiago y los bienes patrimoniales y etnográficos asociados a éste ha determinado la modificación del proyecto, a raíz de la consideración por parte del Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO de que el recrecimiento máximo (cota NMN 521 m) afectaba gravemente al Camino de Santiago, según expuso en su Sesión 25ª celebrada en París del 25 al 30 de Junio de 2001. Considerando que no es procedente la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la licitación, según se justifica en el informe de supervisión incorporado al expediente. Considerando no conveniente para la Administración la resolución del contrato, aun cuando el Modificado n° 3 se encuentra incurso en el Art. 149.e) T.R.L.C.A.P., atendiendo a las razones expuestas en el informe de supervisión citado. Con posterioridad a la propuesta, en el preceptivo informe establecido por el Art. 101 del texto refundido L.C.A.P. Ley, el Director General de Presupuestos (Ministerio de Economía y Hacienda) dice entre otras cosas lo siguiente: La resolución del contrato, frente a la modificación propuesta, supondría un incremento en los costes y un retraso en la ejecución del proyecto. Además, la adjudicataria del contrato es capaz de atender de forma más eficaz, por el conocimiento técnico del proyecto, la terminación de las obras. No procede la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación, por el retraso y la dificultad que supondría coordinar adecuadamente los programas de trabajo de las obras si éstas las ejecutaran distintos contratistas.

inversiones destinadas a la realización de nuevas infraestructuras y las que se destinen a asegurar el adecuado mantenimiento de las obras hidráulicas existentes y a minimizar sus impactos en el entorno en el que se ubican. En este sentido, en los nuevos encauzamientos se tenderá, siempre que sea posible, a incrementar sustancialmente la anchura del cauce de máxima avenida, replantando estas áreas con arbolado de ribera autóctono. Asimismo, se respetarán en todo momento las condiciones naturales de las riberas y márgenes de los ríos, conservando su valor ecológico, social y paisajístico, y propiciando la recarga de los álveos y otros acuíferos relacionados con los mismos. 3. En aplicación de las previsiones establecidas en los Planes Hidrológicos de cuenca, el Gobierno desarrollará durante el período 2001-2008, las inversiones que se relacionan en el Anexo II de la presente Ley. Las correspondientes leyes de presupuestos recogerán los compromisos de gastos adecuados y suficientes para hacer frente al citado plan de inversiones”.

En particular, forma parte del mencionado anexo II, en toda su extensión y contenido, de acuerdo con lo establecido en el Art. 38 del texto único del Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro aprobado por Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de Agosto de 1999, la Resolución del Pleno de las Cortes de Aragón, aprobada en su sesión de 30 de Junio de 1992, relativa a los criterios sobre política hidráulica de la Comunidad Autónoma de Aragón. Todas y cada una de las obras incluidas en los Anexos II y III se declaran de interés general con los efectos previstos en los Arts. 46.2, 127 y 130 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Julio, y el Art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa respecto de la utilidad pública implícita en los planes de obras del Estado. El Ministerio de Medio Ambiente, los Organismos públicos dependientes de aquél, y, en su caso, por convenio, otras Administraciones públicas, realizarán las actuaciones relacionadas en el Anexo IV con carácter prioritario y urgente, de conformidad con lo establecido por la normativa vigente. Para que se produzca la efectividad de la declaración de interés general se requerirá la emisión de informe previo no vinculante de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ejecute la obra. Este artículo señala que, a los efectos de la programación de inversiones, la Resolución del Pleno de las Cortes de Aragón relativa a los criterios sobre política hidráulica de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobada el 30 de Junio de 1992, forma parte del anexo II en toda su extensión y contenido y está de acuerdo con lo establecido en el Art. 38 del texto único del Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro aprobado por Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de Agosto de 1999.

A su vez, la Orden de 13 de Agosto de 1999, por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro, aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de Julio, muy extensa, en sus Arts. 53, 54, 70 y 85, establece objetivos de calidad y asignaciones presupuestarias a 10 ó 20 años, sin establecer limitaciones, que por este proyecto modificado no se operan, por lo que no se alcanza a ver -así se ha objetado por el voto particular que acompaña al informe del Consejo de Obras Públicas- en qué manera el Art. 38 supone una limitación que obligue a que la presa mantenga por disposición legal, aunque sea por remisión, el volumen de embalse del recrecimiento de la presa en 1.525 hm³.

El Art. 101 del T.R.L.C.A.P., ya ha quedado transcrito. A la vista de éste, se ha de recordar que el principio jurídico general es que, cuando ya está perfeccionado el contrato, el órgano de contratación no puede introducir modificaciones, si bien puede hacerlo por razones de interés público siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. En el presente caso las explicaciones que se dan son tres, antes explicitadas con detalle: razones ecológicas, razones culturales e históricas y la introducción de nuevas tecnologías en materia de presas.

Antes de analizar cada una, se analizará un aspecto no poco importante y previo, y es la desproporción de la modificación respecto del contrato. En esta obra cuyo presupuesto es de 222.663.233,70 €, el 97% será mayor volumen de obra: la suma de los adicionales aprobados asciende a 109.132.678,19 € y representa un 96,1314% respecto del presupuesto líquido de adjudicación. El presupuesto, el proyecto, la nueva declaración de impacto ambiental, los nuevos precios y, la propia Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología, en funciones de Oficina Supervisora de Proyectos, reconocen que se trata de una alteración sustancial del proyecto original. Se rebasa en casi cinco veces la causa de resolución prevista en el Art. 149: "e) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial".

Sin embargo, al Consejo de Estado, como antes a todos los órganos pre informantes, también le parece que en el expediente se han explicitado motivos suficientes para amparar que el proyecto sea modificado en los términos que se propone por el Ministerio. Las necesidades sobrevenidas que se han hecho constar, son de tal envergadura que justifican una actuación de índole no habitual como esta, en la que están presentes argumentos técnicos sobre los elementos en construcción o las actuaciones proyectadas que, descansando siempre este Consejo de Estado en la pericia técnica de quienes los han elaborado, y en las soluciones constructivas por ellos aprobadas, dan respuesta a los condicionantes ambientales que han surgido después de aprobado el proyecto original y sus dos modificaciones.

Ello no obstante, convendría asegurar, tal y como señala el Consejo de Obras Públicas, que los aspectos técnicos garantizan plenamente la solución adoptada dados los riesgos que toda innovación técnica suele implicar. En su conjunto, pues, existen suficientes razones de interés público para justificar tanto la modificación del proyecto como del contrato y como para no acudir a una nueva licitación: la necesidad, recién señalada, de reforzar la presa, la necesidad de tener en cuenta factores ambientales que, aunque formalmente nuevos, debieron tenerse en cuenta por los redactores (y órganos de aprobación) del proyecto originario si hubieran seguido las tendencias universalmente aceptadas como estándares socioeconómicos, culturales y ambientales de este tipo de obras en todos los países del mundo unido a que en la jurisprudencia del T.J.U.E., el momento de proceder a la ejecución misma es relevante a efectos de la aplicación de la legislación ambiental-, la conveniencia de "modernizar" las técnicas que hoy en día se emplean, etc., son pese a todo lo indicado, suficiente causa de interés público para entender que está justificada la modificación del proyecto y del contrato,

por tratarse de necesidades nuevas y causas imprevistas que justifican la modificación, cuya solución técnica descansa en la pericia de quienes están llamados a determinar las soluciones constructivas. Todo ello sin perjuicio de que en gran parte los problemas se han producido porque el proyecto originario, formalmente correcto, debió tener en cuenta factores que, aunque la legislación española no explicita del todo, sí forman parte del "entorno" en el que conforme a los parámetros internacionales deben realizarse hoy en día las obras hidráulicas (véase, por todos, el Informe sobre Presas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones, del año 2001, de la World Commission of Dams de múltiples órganos de las Naciones Unidas y de la práctica totalidad de la Banca y Agencias de Desarrollo.

Igualmente hay que referirse a un segundo Dictamen de 2011²⁹⁵. El Consejero de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria resolvió el 9 de Junio de 2005, adjudicar las obras de referencia mediante subasta a la U.T.E., por un importe de 20.994.448,64 € y un plazo de ejecución de veintitrés meses. El correspondiente contrato entre el Gobierno de Cantabria y la representación de la U.T.E., adjudicataria se firmó el 5 de Julio siguiente, estando prevista la revisión de precios. Se sucedieron las siguientes vicisitudes: El acta de comprobación del replanteo se levantó el 4 de Agosto de 2005. Mediante resolución del Consejero de Obras Públicas y Vivienda de fecha 3 de Septiembre de 2007, se aprobó la modificación nº 1 del contrato, por un presupuesto adicional de 4.198.602,92 € (que supuso un incremento del 19,99% del precio del contrato) y una ampliación del plazo de ejecución de las obras de siete meses.

El contrato relativo a este modificado se firmó el día 25 de Septiembre de ese año. Dicha modificación obedecía a la notificación de la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Norte conforme a la cual los encauzamientos proyectados en el río Besaya y en los arroyos Rebuja y Barcenal eran contrarios a los nuevos criterios establecidos en la normativa europea para la adecuada gestión y conservación de las masas de agua, por lo que se procedía a modificar el trazado de la nueva carretera desde su inicio hasta el p. k. 2,600. El Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo acordó el 29 de Junio de 2009, la suspensión total de la obra como consecuencia de la necesidad de someter a nueva declaración de impacto ambiental el tramo comprendido entre el kilómetro 0,000 y el 4,660. La Dirección General de Carreteras, Vías y Obras presentó el 3 de Agosto de 2009, en la Consejería de Medio Ambiente el documento inicial correspondiente al proyecto del tramo entre Los Corrales de Buelna y Mata (pp. km., 0,000 al 4,660) de la nueva carretera CA-170, en cumplimiento de lo establecido en el Art. 27 de la Ley del Parlamento de Cantabria 17/2006, de 11 de Diciembre, de control ambiental integrado así como en el Art. 5 del texto refundido de la Ley de evaluación del impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de Enero. La Dirección General de Medio Ambiente emitió declaración de impacto ambiental el 31 de Mayo de 2010. Las discrepancias surgidas entre el órgano sustantivo y el órgano ambiental respecto del contenido del condicionado de dicha declaración fueron resueltas por el Consejo de Gobierno de Cantabria en su reunión de 26 de Agosto siguiente,

²⁹⁵Ver Dictamen del Consejo de Estado de 12 de mayo de 2011. Número de expediente: 776/2011 (COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA). Referencia: 776/2011. Asunto: Modificación nº 2 del contrato de obra denominado nueva carretera y acondicionamiento de trazado. Carretera CA-170, Los Corrales de Buelna a Puente Viesgo, punto kilométrico 0 al punto kilométrico 11,600. Tramo Los Corrales de Buelna-Puente Viesgo.

ordenándose la publicación de la declaración de impacto ambiental resultante de este acuerdo, lo que tuvo lugar en el Boletín Oficial de Cantabria de 1 de Septiembre. En esta misma fecha el Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo resolvió levantar la suspensión temporal total de las obras en aquellas unidades contempladas en el proyecto aprobado que no tuvieran incidencia en los aspectos ambientales de la declaración referida. Asimismo, debía procederse "inmediatamente y de forma simultánea" a la elaboración y ejecución de un proyecto modificado nº 2 y del proyecto de restauración ambiental y paisajística del río Besaya y arroyos Barcenal y Rebujas y de las laderas del monte Dobra, cuyos contenidos se especificaban en el condicionado de la declaración de impacto ambiental. Durante este período se aprobaron varias prórrogas, reajustes de anualidades y revisiones provisionales de precios. La Dirección de las obras y el Servicio de Proyectos y Obras solicitaron autorización para la redacción del proyecto modificado nº 2 el 10 de Febrero de 2011. Dicha solicitud, con invocación de los Arts. 101 y 146.3 de la L.C.A.P, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, se basaba en las siguientes circunstancias: - Según el acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de Agosto de 2010, referente a la declaración de impacto ambiental de las obras, era necesario realizar la restauración ambiental de la misma de acuerdo con lo especificado en dicha declaración, restauración que comprendía, entre otras actuaciones, la realización de medidas correctoras (como barreras de retención de sedimentos y balsas de decantación), la integración paisajística de las obras (mediante el extendido de tierra vestal y siembra, plantaciones de ribera, bosque mixto y trepadoras y mallas en taludes de roca), la recuperación del ecosistema fluvial de los ríos Besaya y Barcenal (retirando los rellenos existentes y los caminos de obra y eliminando los residuos) así como la restauración paisajística del monte Dobra y el río Barcenal. - Una vez ejecutados los pilotes de cimentación de dos de las estructuras de la carretera (puente atirantado y viaducto de acompañamiento), habían sido comprobadas mediante sondeos "las características del contacto pilote-terreno", comprobaciones de las que resultaba la heterogeneidad del terreno sobre el que se asentaban dichas estructuras. Dichas variaciones no pudieron ser detectadas en los sondeos que se realizaron durante la redacción del proyecto original ni del proyecto modificado nº 1. En suma, se consideraba preciso reforzar el terreno existente bajo los pilotes "mediante inyecciones de lechada de cemento o mortero", pues "en una parte significativa de los pilotes (más de la mitad de ellos)" el terreno existente bajo su punta se encontraba fisurado, "careciendo de la capacidad portante necesaria para garantizar la estabilidad de las estructuras a largo plazo". - De acuerdo con el Art. 160.2 del R.G.C.E., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, en el proyecto modificado nº 2 se recogerían las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del modificado nº 1. La Dirección General de Carreteras, Vías y Obras dio traslado a la anterior solicitud el 15 de Febrero de 2011, al considerar de interés público las nuevas necesidades descritas en la propuesta. El Consejo de Gobierno, en su reunión de 24 de Febrero de 2011, autorizó la modificación del contrato con base dicha propuesta. El Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo autorizó el 28 de Febrero de 2011, al Servicio de Proyectos y Obras de la Dirección General de Carreteras, Vías y Obras a redactar un proyecto modificado nº 2 por un presupuesto adicional líquido aproximado de 6.500.000 €, que suponía un incremento del 31% del precio primitivo del contrato y un 50,99% conjuntamente con la modificación nº 1. La Dirección de las obras, con el visto bueno

del Jefe de Servicios y Proyectos, trasladó el 17 de Marzo siguiente el proyecto modificado de referencia, por un presupuesto adicional líquido de 6.347.928,60 €, un presupuesto adicional líquido para conocimiento de la Administración de 6.521.254,04 € (que incluía una partida adicional para expropiaciones por un importe de 173.325,44 €) y un aumento del plazo vigente en nueve meses. El citado adicional líquido suponía un incremento del 30,24% del precio primitivo del contrato y un 50,23% conjuntamente con la modificación nº 1. Según el criterio manifestado por la Dirección de las obras, el proyecto se limitaba a introducir "las variaciones estrictamente indispensables" para redefinir el capítulo de restauración ambiental del proyecto modificado nº 1 incluyendo las actuaciones especificadas en la declaración de impacto ambiental, el reforzamiento del terreno existente para los pilotes y la previsión de las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas. Concurrían las siguientes razones de interés público para efectuar la modificación contractual: a) Técnicas: Las obras correspondientes al proyecto modificado nº 2 eran "inseparables técnica y económicamente" de las relativas al contrato en vigor. La U.T.E., adjudicataria disponía a pie de obra de los medios personales y materiales necesarios para su ejecución. b) Económicas: Una nueva licitación ocasionaría un considerable perjuicio, dados los gastos de un nuevo procedimiento de contratación y las indemnizaciones que conllevaría la resolución del contrato vigente. c) Temporales: Una nueva convocatoria pública demoraría la terminación de las obras y la puesta en servicio definitiva de un tramo esencial de carretera para la unión del territorio de la Comunidad Autónoma con la Autovía de la Meseta. Acompañaba al proyecto el informe favorable emitido el 14 de Marzo de 2011, por el Servicio de Supervisión y Apoyo Técnico. El proyecto fue aprobado técnicamente el 17 de Marzo de 2011, por el Director General de Carreteras, Vías y Obras y económica y definitivamente el día 21 siguiente por el Consejero de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo. Dada audiencia a la U.T.E. contratista, manifestó su conformidad con el proyecto el día 21 de Marzo de 2011. Informaron favorablemente la propuesta de modificación contractual la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo el día 1 de Abril de 2011, la Dirección General de Tesorería, Presupuestos y Política Financiera el día 4 siguiente y la Intervención General el 18. Conforme a la propuesta de resolución, suscrita el 18 de Abril de 2011, por el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo, procedía aprobar la modificación nº 2 del contrato por los importes y ampliación del plazo previstos en la propuesta del Servicio de Obras y Proyectos y la Dirección de las obras.

El *ius variandi*, en la contratación administrativa, constituye una prerrogativa de la Administración contratante reconocida, por razón de interés público, en el Art. 101 del texto refundido de la L.C.A.P, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio.

Pues bien, por lo que se refiere al primero de estos requisitos, se ha puesto de relieve en el procedimiento que resulta más conveniente al interés público proceder a la modificación que a la resolución del contrato y nueva licitación, desde las ópticas técnica, económica y temporal, teniendo en cuenta el mejor conocimiento que la adjudicataria tiene de la obra así como la necesidad de poner en servicio un tramo de carretera considerado esencial para la unión del territorio de la Comunidad Autónoma

de Cantabria con la Autovía de la Meseta, A-67. A la vista de estas circunstancias, cabe apreciar la concurrencia de un interés público en acordar la modificación propuesta. En cuanto al segundo requisito, el Consejo de Estado entiende que constituyen necesidades nuevas o causas imprevistas la redefinición del capítulo de restauración ambiental del proyecto modificado nº 1 al objeto de incluir las actuaciones especificadas en la declaración de impacto ambiental correspondiente al tramo entre Los Corrales de Buelna y Mata (pp. km. 0,000 al 4,660) de la nueva carretera CA-170, a la vista del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de Cantabria en su reunión de 26 de Agosto de 2010, así como el reforzamiento del terreno existente bajo los pilotes de cimentación de dos de las estructuras de la carretera (puente atirantado y viaducto de acompañamiento), con la finalidad de garantizar la estabilidad de estas estructuras a largo plazo. Finalmente, en atención a lo dispuesto en el Art. 160.2 del R.G.C.E. aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, en el proyecto modificado nº 2 se recogen las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del modificado nº 1.

En suma, este Alto Cuerpo Consultivo percibe, a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, que la modificación propuesta está justificada, tal como aprecian unánimemente los órganos técnicos y administrativos pre informantes, razón por la cual el proyecto modificado se informa favorablemente.

No puede, por último, dejar de señalarse que la aprobación definitiva de la modificación contractual sometida a consulta habrá de llevar aparejada su adjudicación a la misma contratista, así como el consiguiente reajuste de la garantía definitiva constituida por esta.

4.2.6. El límite de las condiciones esenciales.

a) Introducción.

La J.C.C.A. en su Recomendación de 1 de Marzo de 2012, nos explica que toda la regulación que aparece dentro del Art. 107, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el segundo apartado de este precepto, que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo. Así pues, las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, las cuales, según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

COLÁS TENAS, J²⁹⁶ señala que exige la ley que, además de justificar suficientemente —de forma adecuada para cubrir lo necesario— la concurrencia de una de las circunstancias que se enumeran, no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación. La expresión «condiciones esenciales de la licitación» es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, cuya determinación resulta difícil de hacer. Con esta finalidad, la ley introduce una presunción de aquellos

²⁹⁶ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

supuestos en los que se considera que existe una alteración de las condiciones esenciales del contrato. Presunción «iuris tantum», de manera que será el órgano de contratación quien tendrá que acreditar que no se está ante uno de los supuestos definidos como condición esencial por la ley. La razón de esta previsión legal se fundamenta en que la modificación de una condición esencial del contrato constituye un nuevo contrato en el sentido de las Directivas, en la medida que supone una alteración del objeto del mismo²⁹⁷, por lo que requiere un nuevo procedimiento de licitación y adjudicación. En unos supuestos la alteración se identifica de forma cualitativa²⁹⁸. En otros casos, se fija de manera invariable de manera cuantitativa²⁹⁹.

Finalmente, se puede hacer referencia a un reciente informe de 2012, sobre el Ayuntamiento de Cuarte de Huerva de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se afirma que las modificaciones del contrato no previstas en los pliegos tienen como límite no afectar a las condiciones esenciales del mismo. Este requisito que nace de la jurisprudencia comunitaria, ha tenido su reflejo en el derogado Art. 202 L.C.S.P., y en el actual Art. 107 del texto refundido de la L.C.S.P., aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre (en adelante T.R.L.C.S.P). La expresión «condiciones esenciales del contrato», es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008, de 28 de Julio, y no se puede definir de forma general para toda clase de contratos, ni para una determinada categoría de estos, sino que habrá que atender a cada caso concreto, pues incluso en contratos de la misma naturaleza, unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato. El T.J.C.E., fijó un criterio de carácter general para determinar en cada caso concreto qué condiciones contractuales resultan esenciales y no pueden ser modificadas, en la Sentencia *Succhi di frutta*, antes citada, al entender que tiene carácter esencial aquella «estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente». Por su parte la L.E.S., introdujo una presunción de los

²⁹⁷Recuérdese que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado (Art. 74 L.C.S.P). La consecuencia de la celebración de un contrato con objeto indeterminado es la invalidez del mismo. Así, el Art 2.2 R.G.C.E., dispone que no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración. En su otro Informe 3/2009, de 15.04.09, la J.C.C.A. argumentaba “que todas las modificaciones de un contrato deberán respetar en todo caso las exigencias del Derecho Comunitario, pues de lo contrario, nos encontraríamos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes.

²⁹⁸(Art.92. *quéter* 3. a, b, c y e), y son: a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada. b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación. c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial, o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas. d) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

²⁹⁹(del Art. 92 *quéter* 3.d), ya que se considerará que se produce una modificación de las condiciones esenciales cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

supuestos en que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, actualmente recogidas en el Art. 107.3 T.R.L.C.S.P. Por lo que se refiere al supuesto concreto planteado en la consulta, modificar la forma de pago del contrato de forma que habiéndose pactado una parte del mismo en especie, pase a abonarse en efectivo, no cabe duda de que se trata de una condición esencial. La propia Sentencia *Succhi di frutta*, se refiere expresamente a las modalidades de pago como condiciones esenciales: «De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse». Pero incluso sin necesidad de esa concreta doctrina, siguiendo la pauta antes expresada de que la nueva regulación de los modificados recogida en la L.E.S., debe de servir de parámetro interpretativo del régimen anterior, el supuesto objeto de consulta quedaría perfectamente subsumido en el Art. 107.3.e T.R.L.C.S.P, que incorpora, el criterio de la Sentencia *Succhi di frutta*. Las propias circunstancias del contrato pactado en el que el precio a abonar en especie es el 37% del precio total, ascendiendo a la importante cantidad de 1.409.884,14 €, revelan que la forma de pago fue un aspecto decisivo en la licitación, ya que cualquier empresario interesado en ella debió valorar que la financiación de una gran parte de la obra la asumía directamente, quedando a expensas de la transmisión del inmueble municipal por parte del Ayuntamiento y a su posterior venta o puesta en valor para resarcirse de la inversión. Esta opción tenía frente al pago en efectivo unos riesgos como se aprecia de forma clara e inequívoca en este caso, y obviamente los mismos condicionaron las ofertas presentadas por los licitadores. Por lo tanto, no es posible la modificación pretendida, por afectar de manera evidente a una condición esencial del contrato”.

b) Letra b) del apartado 3º del Art.107.

BELTRÁN GÓMEZ, A.I, señala que esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de prohibir incrementos en el precio, sino a que han de tomarse como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato y sus bajas, no pudiendo aumentar con ocasión de la modificación, el beneficio del contratista. Este supuesto, recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de Junio de 2008, que en su Sentencia en el asunto C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, cuyo apartado 37 establece: “una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”.

c) Letra c) del apartado 3º del Art.107.

En la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible sobre el Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público, se afirma que la Ley 2/2011, de 4 de Enero, de Economía Sostenible, se afirma que (en relación con el antiguo Art. 92 *quáter*, 3 c, de la L.C.S.P.) que parece indudable que, aunque este precepto aluda a la solvencia, debe entenderse que a ella se equipara la

clasificación. Partiendo de esta premisa, cabe distinguir tres supuestos que, siguiendo una graduación de mayor a menor intensidad, son los siguientes: 1) Que por consecuencia de la modificación se exija el requisito de la clasificación, siendo así que ésta no era requerida para el contrato inicial (la modificación supone un incremento del precio del contrato que rebasa el umbral a partir del cual se exige clasificación). 2) Que por consecuencia de la modificación se exija la clasificación en un grupo o subgrupo distinto del requerido inicialmente. 3) Que, manteniéndose el grupo o subgrupo de clasificación requeridos, como consecuencia de la modificación del contrato, se exija la clasificación de una categoría distinta. Puesto que el Art. 94 *quáter*, 3 c), de la L.C.S.P alude a "condiciones de solvencia sustancialmente distintas", cabe razonablemente entender que los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) la exigencia de clasificación antes no requerida y la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, tienen la suficiente importancia o entidad como para concluir que se aprecia una alteración sustancial. Mayores dificultades suscita el supuesto consignado en el apartado 3; no obstante ello, y como criterio orientador, puede entenderse que la exigencia, por consecuencia de la modificación del contrato, de una categoría inmediatamente superior a la inicialmente requerida no constituye modificación sustancial, en tanto que la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida entraña ya una modificación sustancial.

BELTRÁN GÓMEZ, A.I recuerda que entiende la Abogacía del Estado en el citado Informe 1/2011, que estaremos ante unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior.

d) Letra d) del apartado 3º del Art.107.

En relación con este precepto hay que hacer referencia a la Recomendación de 1 de Marzo de 2012, de la J.C.C.A., sobre los órganos de contratación sobre la interpretación del régimen contenido en el Art. 107 del T.R.L.C.A.P., sobre las modificaciones de los contratos (Informe 73/11 arriba citado). En la calificación de esencial de la modificación de un contrato, cuando se realice en función de las variaciones que pueda experimentar el precio del mismo, el porcentaje del 10% que aparece en el Art. 107,3.d), debe entenderse siempre superado para merecer tal carácter. Pero tal consideración no implica que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales, esto es, toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales. Tratando de acotar el límite del citado 10%, debemos tener en cuenta la interpretación que rechaza la Junta Consultiva del Gobierno de Canarias que, en las conclusiones de su Informe Nº 4/2011, señala que³⁰⁰:

³⁰⁰ Ver, Informe de la Junta Consultiva del Gobierno de Canarias nº4/2011 (pág. 8-9)

1. Dentro del límite del 10% a que se refiere el Art. 217.3 de la L.C.S.P., las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el Art. 92 *quáter*, 3.d, a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el Art. 92.3d, para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato.

2. El importe de las variaciones de medición a que se refiere el Art. 217.3 de la L.C.S.P, cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el Art. 160.2 del R.G.L.C.A.P., se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al citado modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de modificación deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.

3. Si un Pliego de Cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el Art. 92 *ter* de la L.C.S.P., tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el Art. 217.3 de dicha ley, para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo.

COLÁS TENAS, J³⁰¹ apunta que en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar ese límite. Nada tiene que ver este supuesto con lo dispuesto en el Art. 217.3 L.C.S.P³⁰², que en su último párrafo, establece que podrán introducirse variaciones, sin necesidad de previa aprobación, cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato³⁰³; y en el Art.160 del R.G.L.C.A.P., que establece, en el mismo sentido, que sólo podrán introducirse variaciones, sin previa aprobación, cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato, I.V.A. excluido. Es decir, existe un doble límite para la aplicación de estos preceptos: uno cuantitativo (no puede superar el 10%), y otro cualitativo (tiene que tratarse de unidades previstas en el proyecto). En el término «alteración», que utiliza la ley, deben incluirse tanto los supuestos de reducción de unidades, como de incremento o supresión de las mismas; y sobre el

³⁰¹ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

³⁰² Ver Informe 9/2011, de 6 de Abril, de la J.C.C.A. de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Variación de unidades de obra y modificaciones en contratos de obras, que requieran la redacción de un proyecto. Límites a las facultades del director facultativo».

³⁰³ En el Informe 43/08, de 28 de Julio de 2008, de la J.C.C.A. del Estado, se consideró que el 10 por 100, del tradicionalmente conocido como «adicional del contrato», aunque sea frecuente su abono, no forma parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzca, por lo que no deben ser tenido en cuenta para determinar el valor estimado del contrato.

exceso o defecto, de medición final de las unidades, se aplica el límite del 10 por 100 del precio primitivo del contrato. No se oculta que, a través de esta técnica, puede llegarse a una modificación de contrato de hecho, cuando la obra ejecutada no se corresponda con la inicialmente prevista en el proyecto —como consecuencia de la compensación de unidades—, sin que se haya seguido el procedimiento establecido para ello. La modificación del contrato acordada, en todo caso, deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

DOMÍNGUEZ OLIVERA, R³⁰⁴, explica que el Art. 92 *quáter* 3.d alude a un porcentaje en relación con el <<precio de adjudicación>>. Sin embargo, algunos contratos, como la concesión de obras públicas, pueden no tener propiamente un precio o, como el suministro, adjudicarse con precios unitarios; lo cual debería tenerse en cuenta por el pliego a fin de adaptar esa regla legal de cómputo. En el caso de modificaciones sucesivas, para calcular dicho porcentaje cabe entender que se compensan las variaciones positivas y negativas; sin perjuicio de que, aunque no superen el porcentaje, tales modificaciones puedan no ser legales por vulnerar el Art. 92 *quáter*.2. Ésta misma regla sería aplicable a las modificaciones que no producen alteración en el precio. El Art. 92 *quáter* marca la diferencia según el tipo de contrato: a) En los contratos administrativos, conforme al Art. 202 L.C.S.P., la modificación es obligatoria para el contratista, salvo que haya que pactar precios contradictorios, en cuyo caso se aplicará el Art. 217 L.C.S.P; b) En los contratos privados el contratista puede no aceptar esta modificación, aunque no haya que fijar precios contradictorios, salvo que en el contrato hubiera asumido previamente este compromiso. La Sentencia del T.J.U.E., de 19 de Junio de 2008, (Asunto C-454/06) analiza algunos ejemplos de <<modificación sustancial>> del contrato. Aunque no se cite expresamente en la L.C.S.P., cabría reputar esencial la modificación de un contrato cuando, por razón de su valor estimado, se haya licitado por el procedimiento negociado y se incremente el precio en cifras que habría obligado emplear otro procedimiento de adjudicación. La referencia del Art. 92.3. *quáter* a la presunción sobre el modo en que habrían actuado otros interesados o licitadores, plantea la cuestión de si esa presunción debe apreciarse exclusivamente por el órgano de contratación o si, en el procedimiento para ello, deben

³⁰⁴ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R, op.cit, añade que el Art. 92 *quáter*, tras la Ley de Economía Sostenible, en la L.C.S.P se manifiesta, tanto la expresión <<precio primitivo del contrato>> (Arts. 195.3 o 217.3) como <<precio de adjudicación>> (92 *quáter* 3). Cabe entender según el citado autor que ambas son equivalentes. Literalmente el Art. 92 *quáter* alude a nuevas circunstancias surgidas <<con posterioridad a la adjudicación>> y, por tanto, antes de la perfección (Art.27 L.C.S.P). Cabe interpretar que la <<fuerza mayor>> del Art. 92 *quáter*.1.c, es la definida como tal en el Art. 1105 del C. Civil, sin que necesariamente tenga que limitarse a los casos tasados del Art. 214 L.C.S.P a los efectos de indemnizar al contratista de obras. A los efectos del Art. 92 *quáter*.3.c serían sustanciales las modificaciones que, aunque varíen el precio en menos de un 10%, dieran lugar a que, en lugar de solvencia, se hubiera exigido clasificación, o viceversa; y también cuando se hubiera necesitado clasificación en grupos o subgrupos distintos de los inicialmente exigidos. Cuando, por el tipo de contrato, no sea exigible clasificación, el Art. 92 *quáter*.3.c tiene un reducido alcance práctico, puesto que es el órgano de contratación el que fija discrecionalmente, con arreglo a la ley, los requisitos de solvencias para cada contrato. Debe distinguirse la <<conveniencia>> de incorporar avances técnicos conforme al Art. 92 *quáter*.1.d; de la obligación de incorporar los que incumbe al concesionario conforme al Art. 230.4 L.C.S.P. (<<cláusula de progreso>>).

o pueden participar tales interesados o licitadores. El Art. 195 L.C.S.P., sólo prevé la audiencia al contratista.

BELTRÁN GÓMEZ, A.I, señala que ahora bien, "...tal consideración no implica que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales, esto es, toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales" (MEH_RECOM_Art. 107). También apunta el citado autor que:

1º) A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los Arts. 107.3.d (92 *quáter* 3. d. L.C.S.P.), y 234.3 T.R.L.C.S.P. (217.3 L.C.S.P.) –Art. 160 R.G.L.C.A.P- no cabe la compensación entre aumentos y minoraciones.

2º) En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado, sin aplicar tipos diferentes de I.V.A.

e) Letra f) del apartado 3º del Art.107.

En la Recomendación de la J.C.C.A., MEH_RECOM_Art 107, reiteradamente citada (Informe 73/11 arriba citado), se rechaza que las expuestas, sean las únicas causas que pueden suponer una alteración de las condiciones esenciales del contrato, razonando que cualquier causa que suponga una alteración de tales condiciones debe impedir proceder a la modificación del contrato: "Por último, hay que destacar que toda regulación que aparece dentro del Art. 107, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el segundo apartado de este precepto, que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo. Así pues, las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, las cuales, según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria."

La J.C.C.A., de Cataluña en su informe CAT_14/2010, se pronunciaba en el siguiente modo: "... En este sentido, hay que tener en cuenta que la expresión "condiciones esenciales del contrato" responde a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual supone que no se pueda establecer una fórmula que permita determinar previamente qué condiciones tienen carácter esencial, sino que esta determinación tiene que efectuarse caso por caso, sin perjuicio que se pueda entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.").

f) Supuestos.

Podemos citar a continuación una serie de informes de diversas instituciones del Estado que ilustran supuestos de modificación sustancial.

Empezando con la J.C.C.A., de Aragón podemos señalar un Informe sobre el Consorcio Agrupación N°8 de Residuos Sólidos Urbanos de Teruel relativo a la gestión de residuos, con su eventual. aumento de un 500%³⁰⁵: La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (esta interpretación quedaba ya confirmada en el Art. 11.3.e y f, de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A, de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial). Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario, de una manera que no estaba prevista en los términos iniciales.

Resulta evidente que, amén de no quedar justificadas las causas que permiten, en su caso un modificado, no se acredita la causa imprevista ni los motivos de interés público en el mismo. El objeto sobre el que se emite este Informe debe ser considerado como propio para una nueva e independiente licitación por alterarse el equilibrio económico de la prestación inicial, dado que se propone un modificado equivalente a un 500 por ciento del valor de la prestación inicial. Además, en modo alguno puede considerarse como causa justificativa la existencia de un único licitador para la prestación de la actividad por afectar desproporcionalmente al principio de libre competencia. Asimismo, como recuerda la referida S.T.J.U.E., de 29 de Abril de 2004, <<un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación>> (apdo. 116-118). La modificación que

³⁰⁵ Ver Informe 3/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativo de la Comunidad Autónoma de Aragón (15.4.09).

Fuera del ámbito del contrato de obra podemos citar a continuación una serie de informes de diversas instituciones del Estado que ilustran supuestos de modificación sustancial. Por su interés véase el Informe 23/11, de 28 de Octubre de 2011 de la J.C.C.A. Por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 30 de Septiembre de 1981, se contrató con AUTOBUSES URBANOS DE MURCIA, S.A. Y LÍNEAS REGULARES DEL SURESTE, S.A. (hoy TRANSPORTES DE VIAJEROS DE MURCIA, SLU), en régimen de concesión administrativa el "SERVICIO DE TRANSPORTE URBANO EN AUTOBUSES DENTRO DEL CASCO URBANO DE MURCIA". La J.C.C.A., ante la cuestión de si el Ayuntamiento de Murcia tiene facultades para modificar el objeto de la concesión, entiende que si la modificación implica una reordenación integral de las actuales líneas y una modificación sustancial y nueva regulación del régimen económico de la concesión y del régimen de retribución al concesionario, estaría vedada de acuerdo con la doctrina de esta Junta Consultiva, al alterar sustancialmente las condiciones del contrato objeto de licitación. Añade que aun en el supuesto de que dicha modificación se entendiere legalmente posible, se consulta si el acto de iniciar un proceso de libre concurrencia para adjudicar la nueva concesión del transporte urbano en autobús de la ciudad se considera un acto conveniente para el interés público y ajustado a derecho. Sobre el derecho de superficie puede verse el Informe 37/10, de 28 de Octubre de 2011 de la J.C.C.A. "Posibilidad de modificar un contrato para incluir una cláusula que permita la resolución anticipada de un derecho de superficie en la cual se fijan los requisitos y condiciones en que la misma puede producirse y los efectos que la misma tendría lugar para las partes y la posibilidad de llevar a cabo una revisión parcial".

se propone, además de carecer de los presupuestos habilitados, afecta a una condición esencial del contrato, que nos debería llevar a la celebración de uno nuevo, a tenor del Art. 31 de la Directiva de Contratos Públicos del año 2004, la cual permite la utilización de un procedimiento negociado sin publicidad.

En otros ámbitos podemos hacer referencia al Consejo de Estado. En el relativo a las obras acondicionamiento de C.N.- 420, tramo: Riudecols-Reus³⁰⁶, advierte el Consejo de Estado³⁰⁷, que la modificación sometida a consulta puede objetivamente dar lugar a la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el Art. 52.2 de la L.C.E.

³⁰⁶ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 6 de Noviembre de 1997. Número de expediente: 4350/1997 (FOMENTO). Referencia: 4350/1997. Asunto: Modificación nº 1 Contrato de obras acondicionamiento de C.N.- 420, tramo: Riudecols-Reus.

³⁰⁷ El Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a la Modificación nº 1 del contrato administrativo de las obras: "Acondicionamiento de la Carretera Nacional-420, de Córdoba a Tarragona por Cuenca, p.k. 505,4 al 516,4. Tramo: Riudecols-Reus" (Tarragona), adjudicadas a una empresa. El 9 de Julio de 1987 se aprobó el Proyecto de "Acondicionamiento de la CN-420, de Córdoba a Tarragona por Cuenca, p.k. 505,4 al 516,4. Tramo: Riudecols-Reus" (Tarragona), incluido en el Plan General de Carreteras 1984- 1991, con un presupuesto de contrata de 483.780.292 ptas., y un plazo de ejecución de 24 meses. El objeto de las obras es el refuerzo del pavimento y la ampliación y mejora de la plataforma de la carretera N- 420 en un tramo de 11 kilómetros de longitud, incluyendo arcenes, saneamiento, drenaje y señalización. Con fecha 19 de Diciembre de 1989, la Dirección General de Carreteras acuerda - mediante el sistema de subasta con admisión previa - la adjudicación definitiva de las obras mencionadas, por un presupuesto de adjudicación de 431.806.218 ptas. El 27 de Diciembre de 1989, se formaliza el contrato administrativo de obras. El plazo de ejecución de las obras era de 24 meses. En fecha 17 de Enero de 1990, se levanta Acta de Comprobación del Replanteo, en la que se hace lo siguiente: "1º.- Se comprueban distancias y puntos fijos de la obra a realizar y se observa que coinciden sensiblemente con el proyecto aprobado. 2º.- El contratista manifiesta que ha observado diferencias en las mediciones del material granular que forma parte del paquete del firme, pues no se han tenido en cuenta las cuñas de los peraltes y su transición. 3º.- Las mediciones de la regularización del firme existente es inferior a la que se necesita, dadas las deformaciones que existen tanto longitudinal como transversalmente. 4º.- No se contempla en el presupuesto la necesidad de drenes subterráneos en las zonas de desmonte con terrenos de labor inmediatos, ni la construcción de cunetas revestidas en los tramos con fuertes pendientes. 5º.- La existencia de una línea telefónica dentro del terreno de la obra, prácticamente en un 60% de la traza, podrá producir retrasos por la lentitud de las empresas en retirar los servicios". A la vista de lo anterior, los comparecientes al acto de comprobación del replanteo "consideran necesario redactar un Proyecto Modificado que recoja las correcciones necesarias que solucionen lo expuesto". El contratista manifiesta su conformidad con la comprobación del replanteo efectuada, así como las indicaciones hechas para la buena marcha de los trabajos de ejecución. Al no oponer el contratista reservas en torno a la viabilidad del proyecto, el Ingeniero Director de las obras autoriza su comienzo. El 18 de Enero de 1990, se da comienzo a las obras, quedando prevista su finalización para el 18 de Diciembre de 1992. Iniciada la ejecución de las obras, mediante escrito fechado el 30 de mayo de 1991, el Jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña se dirige a la Subdirección General de Construcción, solicitando autorización para la redacción de la modificación nº 1 del proyecto, así como la suspensión temporal total de las obras. Alega como fundamento las propuestas de la Dirección Facultativa. Con fecha 5 de Junio de 1991, la Dirección General de Carreteras acuerda autorizar la redacción del Proyecto Modificado nº 1 por un presupuesto adicional líquido del 39,5%, incluyendo las siguientes modificaciones técnicas: - Adaptación de las mediciones de explanación y pavimentación a la realidad existente. - Adaptación de las intersecciones proyectadas a la normativa vigente. - Incremento de las reposiciones de los servicios afectados. - Adaptación de la señalización vertical a la normativa vigente. El 12 de Septiembre de 1991, la Dirección General de Carreteras resuelve acordar la suspensión temporal parcial de las obras. El 3 de Febrero de 1992, la Dirección General de Carreteras resuelve conceder, sin penalidad para el contratista, prórroga para la terminación de las obras hasta el 31 de Diciembre de 1992, sucesivamente prorrogada ulteriormente. Mediante escrito fechado el 21 de Febrero de 1992, la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña se dirige a los Servicios Centrales del Departamento, manifestando la necesidad de

levantar todo el firme de la carretera actual, ya que prácticamente es imposible ajustar las rasantes de la nueva a la ya existente. Propone ser autorizada para la ampliación de la redacción del Proyecto Modificado nº 1 por un presupuesto adicional líquido del 22,2%, lo que sumado al ya autorizado representa un presupuesto adicional global del 61,7%. El 10 de Abril de 1992, la Dirección General de Carreteras acuerda autorizar la ampliación de la Modificación nº 1 solicitada, que incluye la demolición de la totalidad del firme existente y la construcción del firme del proyecto en toda la calzada. El Proyecto de Modificación nº 1 redactado en Julio de 1993, por la Dirección de las obras contempla, con carácter general, las variaciones del proyecto originario autorizadas; y supone un presupuesto adicional líquido de 267.080.920 ptas., que representa un incremento del 61,85% sobre el presupuesto de adjudicación, así como una ampliación del plazo de ejecución de 6 meses. Incluye los precios fijados contradictoriamente con el contratista, habiéndose firmado el Acta de Precios Contradictorios en la misma fecha. Tras sucesivas correcciones técnicas, el 7 de Febrero de 1995, el Proyecto Modificado es definitivamente remitido a la Dirección General de Carreteras. Con fecha 25 de Abril de 1995, la Subdirección General de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública informa desfavorablemente la modificación proyectada. Fundamenta la Inspección su parecer desfavorable en que el Proyecto Modificado propuesto varía sustancialmente el objetivo inicial de la obra, que consistía en un simple refuerzo y mejora del firme, y que se ha convertido en la construcción de un tramo de carretera prácticamente nuevo. Asimismo, entiende el mencionado órgano informante que no se contemplan las justificaciones precisas, ni se aprecia la debida coherencia entre la propuesta inicial de la Dirección Facultativa y las previsiones técnicas del Proyecto Modificado, advirtiéndose un aumento desmesurado del presupuesto. Señala el Inspector General además que en caso de que pretendiera aprobarse el Proyecto Modificado, propone que las variaciones propuestas sean incluidas en el vigente contrato y que sean ejecutadas por el mismo contratista, proponiendo ampliar el plazo de ejecución en 15 meses. Propone, a su vez, que deberían incluirse en el Proyecto Modificado las obras complementarias cuya modificación fue autorizada de forma separada con posterioridad y que afectan a las cunetas, drenajes, obras de paso, mejora de intersecciones, nuevas rotondas, reposición de servicios y adaptación de la señalización a la normativa vigente. Finalmente, propone la Inspección General que se realice un estudio mucho más detallado y justificado del Proyecto Modificado y refundirlo con el Proyecto de Obras Complementarias en un nuevo Proyecto. El 5 de Septiembre de 1995, la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña remite a los Servicios Centrales del Departamento el nuevo Proyecto Modificado redactado por la Dirección de la obra. En el escrito de remisión se hace constar que en la confección del Proyecto Modificado se han tenido presentes las observaciones técnicas formuladas por el Inspector General, a excepción de la unificación con el Proyecto de Obras Complementarias, por considerar que no reporta ventajas, sino inconvenientes, como el retraso en la ejecución de las obras, dado que su tramitación administrativa ha tenido lugar de forma separada. Sometido nuevamente a consulta, con fecha 31 de Enero de 1996, la Subdirección General de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública expresa su parecer favorable a la aprobación del Proyecto Modificado nº 1, haciendo constar que se han atendido las principales objeciones formuladas en el anterior informe de la Inspección y que las obras se encuentran prácticamente concluidas. Agrega que en la nueva redacción del Proyecto Modificado nº 1 se atienden en mayor medida las exigencias de justificación del reformado del proyecto. El nuevo Proyecto Modificado nº 1 supone un presupuesto adicional líquido de 275.365.900 ptas., (I.V.A. incluido), lo que representa un aumento del 61,57% sobre el presupuesto de adjudicación. Las modificaciones técnicas afectan a las siguientes previsiones: - Adaptación del perfil longitudinal de la rasante. - Alteración del trazado en planta, mediante su ensanchamiento y desplazamiento respecto del eje, debido a la existencia de una línea telefónica. - Modificación de los movimientos de tierras debido a la discrepancia entre los perfiles del proyecto y los tomados de la realidad física del terreno y la existencia de una tubería de agua. - Revisión integral de firmes y pavimentos. - Nuevas reposiciones correspondientes a las pavimentaciones provisionales que han sido necesarias para mantener el tráfico rodado en las amplias zonas afectadas por la tubería indicada. - Adaptación a la normativa vigente de las obras de fábrica, intersecciones, señalización y balizamiento, así como estudio de seguridad e higiene. Incluye 11 nuevos precios contradictorios que han sido establecidos contradictoriamente y aceptados por el contratista, según Cuadro de Precios adjuntado. El 12 de Marzo de 1996, la Subdirección General de Construcción formula propuesta de aprobación técnica del Proyecto Modificado nº 1 de las obras, por considerar que las modificaciones propuestas están plenamente justificadas y son consecuencia de necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas. Propone, asimismo, aprobar el acta de nuevos precios, el pliego adicional de condiciones, la ejecución de las obras por el mismo contratista, así como el aumento del plazo de ejecución en 12 meses. En la misma fecha, la

Sin embargo, dada la conformidad implícitamente manifestada por el contratista a la continuidad de la relación contractual y que la Administración invoca exigencias de interés público, la cuestión se centra en determinar si en la presente consulta concurren razones suficientes que justifiquen la novación propuesta.

Por lo que respecta a la presente consulta, la variación del presupuesto inicial del contrato asciende al 61,57%, lo que no implica necesariamente la extinción del contrato administrativo de obras, si media conformidad de ambas partes contratantes, y si concurre un interés público debidamente justificado en el expediente de modificación. "La sola existencia de un proyecto reformado que supere el 20% del presupuesto o precio inicial de las obras -afirma el dictamen de este Consejo de 13 de Mayo de 1982,- no significa necesaria ruptura del vínculo contractual, si las partes aceptan su subsistencia, tomándose en cada caso la decisión administrativa más conveniente para el interés general".

Con arreglo a lo prevenido en el Art. 149 del R.G.C.E., aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre: "La Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas". "Cuando las modificaciones del proyecto representen variación en más o en menos en el presupuesto de las obras será reajustado su plazo de ejecución, sin que pueda ser aumentado o disminuido en mayor proporción que en la que resulte afectado el presupuesto". A tenor del mencionado precepto, se exige que las modificaciones sean consecuencia de "necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaboración del proyecto", circunstancias éstas que deberán quedar debidamente justificadas, habida cuenta que la de modificar los contratos es una potestad excepcional que por tanto debe ser objeto de una interpretación estricta. Conforme a lo expresado en el dictamen de este Consejo de Estado núm. 50.688, de 17 de Junio de 1987, "tal carácter limitativo del *ius variandi* tiene como finalidad evitar la vulneración del citado principio de concurrencia, así como la posible ocultación de defectos de previsión o errores en los proyectos originarios, según puso de manifiesto este Cuerpo Consultivo en su dictamen 42.179, de 17 de Mayo de 1979, la modificación

Oficina de Supervisión de Proyectos informa favorablemente la aprobación del proyecto reformado. En la sesión celebrada el 5 de Diciembre de 1996, el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo emite informe sobre la aprobación de la modificación del proyecto propuesta. Considera dicho órgano consultivo que la necesidad de un Proyecto Modificado se puso ya de manifiesto expresamente en el Acta de Comprobación del Replanteo de las obras, debiendo haberse suspendido la iniciación de las obras, así como elaborado detenidamente un proyecto adecuado a la realidad física del terreno. Señala asimismo el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo que comparte el parecer expresado por la Inspección General en su primer informe, en cuanto el Modificado cambia el objetivo inicial de la obra, que pasa de ser un refuerzo y mejora del firme a un proyecto de carretera prácticamente nueva, y confirma las deficiencias del Proyecto inicialmente aprobado, así como las incoherencias entre la propuesta de la Dirección de las obras y las modificaciones técnicas contenidas en la redacción del Proyecto Modificado nº 1. Considera finalmente el mencionado órgano consultivo departamental que, pese a lo anteriormente expuesto, las modificaciones incluidas son, a su entender, necesarias para la correcta ejecución de las obras y para la seguridad de su posterior uso, por lo que justifica su aprobación y las soluciones técnicas adoptadas, e informa favorablemente la propuesta de Proyecto Modificado nº 1, proponiendo convalidar las obras ejecutadas y adjudicar las no ejecutadas al mismo contratista. Con fecha 21 de Julio de 1997, el Servicio Jurídico del Estado en el Departamento expresa igualmente su parecer favorable a la aprobación de la modificación del Proyecto.

es una prerrogativa de la Administración que por su naturaleza singular y privilegiada exige una rigurosa constatación de los requisitos y presupuestos exigidos por la Ley y su Reglamento. Ese dictamen señaló:

"En lo que respecta a la naturaleza de la obra, es de resaltar que la modificación debe afectar a las obras sustantivas propias e intrínsecas al contrato, puesto que, si se tratara de obras accesorias o complementarias, debe acudir a nueva licitación y contratación, como si se tratase de obras distintas e independientes (Art. 153 del Reglamento)". "Por último, la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado. La Ley de Contratos exige que el objeto de todo contrato debe ser necesario y justificado para los fines del servicio público correspondiente (Art. 11), y que su modificación sólo cabe por razón "de interés público" (Art. 18), en lo que insiste el Reglamento de Contratación, cuando afirma que para la modificación contractual deberán quedar debidamente justificadas las necesidades nuevas o las causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto (Art. 149)". Así pues, la justificación técnica del Proyecto Modificado debe acreditar la concurrencia de tales necesidades sobrevenidas, de lo contrario, las causas que lo motivan pudieran atribuirse a imprevisiones o deficiencias del proyecto y, a su vez, comportar una alteración de las condiciones objetivas de la licitación.

En el caso presente, la cuestión se centra en determinar si existen razones suficientes que justifiquen la modificación propuesta. La modificación del contrato sometido a consulta no supone una novación que pueda subsumirse bajo la cobertura del Art. 149 del R.G.C.E. Como se deduce del contenido del Proyecto Modificado se trata en realidad de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse; se trata en definitiva de un proyecto nuevo, lo que habría de dar lugar a un expediente nuevo de contratación, y en definitiva a un contrato administrativo distinto. Es de reseñar, en primer término, que la necesidad de la mayoría de las modificaciones técnicas previstas son el resultado, sin duda, de las deficiencias e imprevisiones técnicas de que adolece el proyecto de obras inicialmente aprobado y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas durante las actuaciones preparatorias practicadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, como se infiere del Acta de Comprobación del Replanteo, en donde se constatan -antes de la iniciación de las obras, los vicios del proyecto, así como la inadecuación de sus previsiones técnicas a la realidad física del terreno, y la necesidad de redactar un Proyecto Modificado. A la luz de las deficiencias advertidas en el acto de comprobación del replanteo, la Administración contratante debió, pese a la ausencia de manifestaciones en contra de la empresa contratista, acordar la suspensión de la iniciación de las obras, al amparo del Art. 127 del R.G.C.E., y la resolución del contrato adjudicado, en su caso, con el objeto de elaborar detenidamente un nuevo proyecto de obras, adecuado a la realidad física de los terrenos.

Por otra parte, ni el estudio previo que presumiblemente sirvió de fundamento a la solicitud de autorización elevada por la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña a los Servicios Centrales del Departamento para la elaboración del Proyecto Modificado, ni la primera redacción de éste, una vez autorizado, fueron realizadas con el suficiente rigor y diligencia, toda vez que tras obtener la mencionada autorización, la Demarcación dirigió nuevo escrito a la Dirección General de Carreteras, fechado el 21

de Febrero de 1992, manifestando la necesidad de levantar todo el firme de la carretera actual, ya que resultaba prácticamente imposible ajustar las rasantes de la nueva a la ya existente, y consiguientemente, la de que fuese autorizada una ampliación de la redacción del Proyecto Modificado. Tras sucesivas redacciones, que se prolongaron durante prácticamente tres años, la propuesta definitiva de Proyecto Modificado excede, con mucho, de lo que inicialmente se concibe como un simple refuerzo y mejora del firme. Conforme aprecian la Inspección General de la Contratación de la Obra Pública y el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo en sus respectivos informes, que la modificación contractual pretendida, comporta una variación sustancial del objetivo inicial de la obra, que de resultar una obra de simple acondicionamiento de un tramo de la carretera se convierte en la construcción de un tramo prácticamente nuevo. El Art. 21 de la L.C.E., establece que los proyectos deben referirse necesariamente a obras completas, entendiéndose por tales las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto, y comprenderán todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra. Por su parte, el Art. 13 de la mencionada Ley señala que los contratos administrativos se celebrarán, salvo las excepciones establecidas por la propia Ley, bajo los principios de publicidad y concurrencia. La ruptura de estos principios es excepcional. En concreto, una de esas excepciones es la modificación de contratos administrativos sobre la base de la alteración de los proyectos que sirvieron de base a los mismos. Pero, como establece el anteriormente citado Art. 149 del Reglamento General de Contratación, tales modificaciones sólo son posibles cuando sean consecuencia de "necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto", circunstancias que deben quedar debidamente justificadas. Ahora bien, la aparición de "necesidades nuevas" o de "causas técnicas imprevistas" no puede justificar -como destaca el dictamen del Consejo de Estado núm. 1.254/93, de 21 de Octubre de 1993,- la adjudicación de todo un nuevo contrato administrativo, como en el presente caso, con quiebra del principio de publicidad y concurrencia. El Consejo de Estado estima admisible que se varíen los criterios y soluciones técnicas en la ejecución de las obras de la carretera en cuestión, y que se hubiere preparado y aprobado un proyecto que hubiere dado lugar en su día a un contrato administrativo para la ejecución de los trabajos pretendidos. Ello, sin embargo, no es posible encauzarlo a través de la vía del reformado de obras, toda vez que las modificaciones pretendidas ni responden a necesidades nuevas ni a causas técnicas imprevistas. Si para ello hubiere sido necesario resolver el contrato originario, con las consecuencias económicas a que ello hubiere dado lugar, así debiera haberse hecho. Tal es el caso presente en el que no se aprecia que exista una verdadera modificación contractual, sino una pretendida adjudicación *ex novo* de un contrato administrativo de obras. El desistimiento unilateral por parte de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de los contratos públicos. En efecto, el desistimiento unilateral viene admitido en términos generales en el Art. 1.494 del C. Civil por lo que se refiere a contratos de obras. En el Art. 52.3 de la L.C.E., se refiere además específicamente a la suspensión definitiva de obras acordada por la Administración. En tal caso, los Arts. 55 de la L.C.E y 162 del R.G.C.A.P., indemnizará al contratista con el valor de las obras efectivamente realizadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar. Cualquier modo de extinción del contrato

actual, si es que se hubiere considerado oportuna, debiera haber seguido la tramitación legalmente prevista. Por lo que se refiere a los perjuicios y efectos contraproducentes que al interés público pudiere haber ocasionado el hecho de ser necesaria la adjudicación de un nuevo contrato, previa resolución del anterior, debe señalarse que tales perjuicios o efectos contraproducentes son connaturales a la propia L.C.E., y justifican un beneficio especial que la Ley trata de tutelar, como es el de la libre y pública licitación en los contratos administrativos. En todo caso, la Administración pudiere haber procedido a las recepciones y liquidaciones procedentes y adjudicar un nuevo contrato administrativo de obras mediante el procedimiento de "tramitación urgente", como establecen los Arts. 71.2 y 72 de la L.C.A.P., de 13/1995, de 18 de Mayo, que sería de aplicación a estos efectos. Por otra parte, los Arts. 178 y siguiente del R.G.C.E., contienen reglas suficientes que permiten no demorar la resolución de contratos y la subsiguiente adjudicación de otros nuevos. En concreto, si existen obras en caso de ser entregadas, nada impide que la Administración proceda a la recepción definitiva (con renuncia al plazo de garantía), y siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, (como ocurre en el presente caso) proceder a la licitación y adjudicación de un nuevo contrato a quien corresponda. Recapitulando, debe señalarse pues que las modificaciones propuestas, como sostienen fundadamente la Inspección General de la Contratación de la Obra Pública y el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo no responden a simples modificaciones, sino que constituyen indudablemente un cambio notorio de los objetivos iniciales del contrato de obra adjudicado; encubre una variación del objeto de la relación contractual; y, rebasa, por ende, los límites materiales propios de la modificación de los contratos. Ello se deriva, sin duda, de las deficiencias e insuficiencias del proyecto originario de las obras en cuestión. Y si bien las modificaciones técnicas pretendidas son necesarias para subsanar las anomalías que han jalonado las actuaciones, a la posible necesidad de asumir la modificación de las antedichas previsiones técnicas del proyecto inicial y la improcedencia de la resolución del vínculo contractual se opone la observancia de las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa.

También hay que recordar los Informes de la Abogacía del Estado. Podemos aquí citar el Informe de la Abogacía del Estado sobre la Modificación de un contrato de obra adjudicado para una Autoridad Portuaria sobre el <<Dique Reina Sofía>>³⁰⁸. Se

³⁰⁸ El consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en sesión celebrada el 12 de Noviembre de 2002, resolvió adjudicar el contrato de obras para la ejecución del proyecto <<Prolongación del Dique Reina Sofía>> a la U.T.E, formada por <<A>>, <>, <<C>> y <<D>>. El referido contrato se formalizó el 26 de Diciembre de 2002, suscribiéndose el acta de comprobación del replanteo el 30 de Diciembre siguiente. Iniciada la ejecución del contrato y accediendo a los requerimientos formulados por diversas Administraciones Públicas –que habían solicitado a la Autoridad Portuaria de Las Palmas la paralización de las obras y el estudio de alternativas al proyecto-, el Consejo de Administración de la citada Entidad pública adoptó, en sesión celebrada el 10 de Octubre de 2002, el siguiente acuerdo: <<Autorizar el Presidente para negociar con la U.T.E., adjudicataria del contrato las modificaciones técnicas y jurídicas necesarias que permitan: 1º Que la prolongación del Dique Reina Sofía sea la estricta y necesaria para abrigar los muelles de León y Castillo, en cualquier circunstancia de mar, sin cambiar la tipología del dique. 2º Que las condiciones de acceso de embarcaciones sean lo más amplias posibles, no empeorando las condiciones actuales. 3º Respeto de los derechos adquiridos por los adjudicatarios del contrato. 4º Adecuación técnica y jurídica utilizada en la modificación contractual, al fin perseguido: el interés público. 5º Respeto al ordenamiento jurídico y a las funciones y competencias reconocidas al Ente Público Puertos del Estado por la Ley 27/1992, de 24 de Noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (modificada por la ley 62/1997, de 26 de Diciembre), particularmente en

examina si la modificación pretendida del contrato de obras para la ejecución del proyecto <<Prolongación del Dique Reina Sofía>>, entraña una alteración sustancial del mismo, ya que, de ser ello así, no sería jurídicamente admisible tal modificación que, en consecuencia, resultaría no ajustada a Derecho. En efecto, la modificación del contrato supone: 1. La minoría o reducción de las obras de prolongación del <<Dique Reina Sofía>>. Así, la prolongación de este dique, originariamente prevista en 1.192 metros, queda reducida a 488 metros, lo que supone una minoración superior al 50 por 100. 2. La ejecución de un dique distinto del previsto en el contrato originario cual es el <<Dique de la Esfinge>>, situado en un emplazamiento diferente-Península del Niño-. Así las cosas, parece indudable que la modificación pretendida es una alteración esencial tanto en el aspecto cuantitativo (por consecuencia de la magnitud o entidad de la reducción de la longitud del <<Dique Reina Sofía>>) como en el aspecto cualitativo (por cuanto que no puede reputarse como una modificación de escasa entidad la construcción, por parte del adjudicatario del contrato, de un dique no contemplado en el contrato, como es el <<Dique de la Esfinge>>, situado, además, en un emplazamiento diferente). En cuanto a esto último, es decir, que se trata de una alteración sustancial desde el punto de vista cualitativo, este aserto no queda desvirtuado, en opinión de este Centro Directivo, por la afirmación de que el nuevo dique (<<Dique de La Esfinge>>) es un obra de idéntica tipología que la del <<Dique Reina Sofía>>, afirmación que se sustenta en la consideración de que la ejecución de ese nuevo dique consiste, al igual que la ejecución del <<Dique Reina Sofía>>, en el empleo de cajones cimentados a la cota 26 y de 24 metros de manga, razón por la que sólo aparecen en el modificado seis nuevos precios contradictorios. En efecto, como acertadamente se dice en el informe de la Abogacía de Estado del Ministerio de Fomento, lo que concreta o singulariza una obra no es la técnica constructiva ni tampoco los materiales que en ella se hayan de

lo que se refiere a la aprobación técnica de la modificación que se acuerde [Art.26.1.d]. 6º Acometer las modificaciones con la celeridad necesaria que permita no suspender las obras actualmente en ejecución en ningún momento. Una vez realizadas estas negociaciones, la propuesta de modificación del contrato acordada será sometida, previo informe de la Abogacía del Estado acerca de su viabilidad jurídica, al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para su ratificación. >> La modificación del contrato supondría la reducción de las obras de prolongación del <Dique Reina Sofía> y una correlativa disminución del presupuesto económico de ejecución del contrato del 46,38 por 100, pasando de 72.148.605,85 €, a 38.685.059,88 €. El resto sobrante del precio del contrato hasta completar el importe de la adjudicación, es decir, 33.463.545,98 €, se abonará a la U.T.E., adjudicataria por construir la obra denominada <<Dique de Esfinge>>, situado en la Península del Nido, previsto en el plan de inversiones vigente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas autorizado por el Ente público Puertos del Estado A petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, la Abogacía del Estado en Las Palmas emitió, el 27 de Febrero de 2004, un informe en el que se formula la siguiente conclusión: <<Esta Abogacía del Estado, de acuerdo con las consideraciones jurídicas expuestas, informa favorablemente la posibilidad de negociar con la U.T.E., adjudicataria del contrato de la obra. Prolongación del Dique Reina Sofía una modificación del proyecto técnico en los términos expuestos en el escrito de petición del presente informe.>> 5. Solicitado informe a la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento por el Presidente del Ente público Puertos del Estado, a propósito de la conformidad a Derecho de la modificación del repetido contrato, dicha Abogacía del Estado lo evacuó el 28 de Septiembre de 2004, formulando la siguiente conclusión: <<Esta Abogacía del Estado considera que no resulta ajustada a Derecho la modificación que la Autoridad Portuaria de Las Palmas pretende introducir en el contrato para la prolongación del “Dique Reina Sofía”. >> La vulneración de los principios de publicidad y concurrencia se ha producido, se estima, porque el efecto derivado del expediente de modificación no es una simple novación del contrato originario, sino el encargo al adjudicatario para que ejecute dos contratos sustancialmente distintos del que inicialmente se licitó. Para obtener este efecto, la Autoridad Portuaria debería convocar un nuevo concurso.

utilizar, sino el proyecto que la define o concreta; pues bien, basta tener en cuenta que, si al hecho de que la longitud del <<Dique Reina Sofía>>, se reduce en más de un 50 por 100, se añade que en el proyecto y contrato originario no se preveía la construcción de un segundo dique (<<Dique de La Esfinge>>), no podrá negarse que se produce una modificación o alteración sustancial en el aspecto-cualitativo- de definición o determinación del objeto del contrato. Tampoco desvirtúa el criterio, implícito en cuanto se lleva dicho, de que los principios de publicidad y concurrencia quedan conculcados por consecuencia de la modificación del contrato que se pretende la consideración de que dicha modificación no da lugar a la asunción, por parte de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de un nuevo o mayor compromiso de gasto (al reducirse la longitud del <<Dique Reina Sofía, de 1.192 mts. a 488 mts., el coste de ejecución de esta obra pasa de 72.148.605 € importe de la adjudicación a 38.685.059,88 €, destinándose la diferencia entra ambas cantidades 33.463.545,98 € a la construcción, por la misma empresa adjudicataria, del segundo dique, es decir, del <<Dique de La Esfinge>>. Por tanto, la modificación que, en los términos indicados en el antecedente 3.º del presente informe, se pretende introducir en el contrato de obras para la ejecución del proyecto <<Prolongación del Dique Reina Sofía>> no es ajustada a Derecho al infringir los principios de publicidad y concurrencia que sancionan el Art. 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de Noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y el Art. 10 de la Ley 48/1998, de 30 de Diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/98/C.E.E., del Consejo, de 14 de Julio de 1993, y la Directiva 92/12/C.E.E., del Consejo, de 25 de Febrero de 1992.

En segundo lugar es muy interesante el Informe su consulta sobre la propuesta de modificación del contrato de consultoría y asistencia a la Dirección de Obra de la nueva Planta Desaladora de Águilas/Guadalestín (Murcia), suscrito entre la sociedad estatal XX, S.A., y la empresa YY, S.A., suscrito el 18 de Julio de 2006, entre la Sociedad Estatal XX, S.A y la empresa YY, S.A³⁰⁹. En concreto, la necesidad de la modificación se fundamenta en la circunstancia de que <<se ha aprobado la modificación núm.1 del contrato de obra para ampliar la obra civil de la planta hasta una capacidad de 70 hm³/año, así como la capacidad de las estaciones de bombeo y conducciones de toma, vertido y distribución>>, y en que <<se ha contratado la construcción de una subestación eléctrica que estará emplazada dentro de los terrenos de la planta y debe llevarse a cabo con los mismo procedimientos constructivos, rigor y calidad que las instalaciones principales>>. Respecto al alcance de la modificación, de la documentación que se acompaña se desprende que ésta representa un importe adicional de 680.680 €, lo que supone un incremento del 29,20% el precio del contrato. La propuesta de modificación se justifica en la cláusula 11 del contrato celebrado entre las partes, en la que se indica que lo siguiente: <<XX, S.A. podrá, durante la ejecución del presente Contrato, modificarlo mediante: - La contratación de nuevos trabajos o servicios complementarios al objeto del presente Contrato. - El incremento del alcance

³⁰⁹En su propuesta de informe, el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito con XX, S.A., formula las siguientes conclusiones: <<Primera. Se informa desfavorablemente la modificación del Contrato de Consultoría y Asistencia a la Dirección de Obra de la Nueva planta Desaladora de Águilas/Guadalestín (Murcia). Segunda. La modificación propuesta debe ser objeto de un procedimiento de adjudicación. Tercera. La adjudicación podría hacerse mediante el procedimiento negociado con el empresario al que se adjudicó el contrato principal.>>

de los trabajos contratados. - La eliminación de algunos de los trabajos contratados. En cualquiera de los casos el importe del incremento o disminución del importe del contrato operado a instancia de XX, S.A., no podrá exceder del 20% del precio del contrato señalado en la cláusula 2.1, al objeto de que los trabajos o servicios complementarios sean de obligado cumplimiento para el Consultor.

La primera cuestión que se suscita es la de si el contrato prevé o no algún límite cuantitativo a las modificaciones que, en su caso, puedan introducirse. Efectivamente, el T.R.L.C.A.P., no establecía ningún límite cuantitativo a la modificación de los contratos, limitándose a regular cuándo las modificaciones constituían una causa de resolución potestativa para el contratista. Así, eran causa de resolución las modificaciones que, aunque fueran sucesivas, implicasen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, del 20 %. Ahora bien, el hecho de que el contrato que se examina no establezca un límite cuantitativo expreso a las modificaciones contractuales (como tampoco el T.R.L.C.A.P., ni la vigente L.C.S.P.), no implica que sean jurídicamente admisibles cualesquiera modificaciones contractuales. Entiende la doctrina que la variación sustancial de la voluntad de la entidad contratante ha de dar lugar a un nuevo expediente de contratación y, en definitiva, a un contrato administrativo diferente, de tal forma que los perjuicios que al interés público pueda ocasionar el hecho de ser necesario adjudicar un nuevo contrato, previa resolución del anterior, e incluso indemnizar por ello al contratista, se justifican en el interés general que la legislación de contratos trata de proteger y en la salvaguarda de los principios en los que se fundamenta la contratación pública. Como ya se ha indicado, el T.J.U.E., considera que los mencionados principios resultan aplicables no sólo a los contratos administrativos, sino también al resto de contratos sujetos a las Directivas Comunitarias, y no sólo en la fase de adjudicación, sino también en la de ejecución, pues <<si la entidad adjudicataria pudiera modificar a su arbitrio durante la fase de ejecución las propias condiciones de licitación, sin habilitación previa y expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato resultarían desnaturalizados>> (Sentencia *Succhi di Fruta*). Pues bien, de la documentación que se acompaña a la solicitud de informe se desprende que, en el supuesto que se examina, no concurre ninguno de los dos requisitos admitidos por el T.J.C.E., para que una modificación posterior a la adjudicación pueda considerarse ajustada al Derecho Comunitario y, concretamente, a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que se desprenden del Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los Arts. 12, 43 y 49 del Tratado Constitutivo. Efectivamente, la modificación propuesta, tanto desde un punto de vista cuantitativo (afecta casi al 30% del precio primitivo del contrato), como cualitativo (índice sustancialmente no sólo en el precio, sino también en el objeto del contrato, esto es, en las prestaciones inicialmente pactadas), ha de considerarse una modificación sustancial, por cuanto que cabe presumir razonablemente que, con las nuevas condiciones, los licitadores o las ofertas presentadas podrían haber sido distintos. Por todo lo expuesto, procede informar desfavorablemente la modificación propuesta, cuya tramitación exigiría, conforme a lo indicado y sin perjuicio de lo que seguidamente se expone a propósito de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, la resolución del actual contrato y la celebración de una nueva licitación, a menos que dicha modificación tenga una individualidad o autonomía propia que permita su adjudicación independiente del contrato principal. Ahora bien, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad exige la acreditación, por parte de la entidad

contratante que pretende beneficiarse del mismo, de la concurrencia de las circunstancias excepcionales que justifican su aplicación, que han de ser objeto de interpretación estricta –Sentencias del T.J.U.E., de 3 de Mayo de 1994 (C 328/1992, Comisión/Reino de España), 10 de Abril de 2003 (20/2001 Comisión/República Federal Alemana), y 2 de Junio de 2005 (C 394/2002, Comisión/República Helénica), entre otras muchas-. La aplicación del procedimiento negociado sin publicidad para la contratación de las prestaciones adicionales a las que se refiere la consulta como servicios complementarios del contrato principal a efectos de su adjudicación a la empresa a la que se adjudicó éste se supedita a la acreditación, a través del informe técnico correspondiente, de la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto en el Art. 158.b) de la L.C.S.P.

Finalmente, se puede hacer referencia a un reciente informe de 2012 de la J.C.C.A., de la Comunidad Autónoma de Aragón³¹⁰.

El Ayuntamiento de Cuarte de Huerva inició mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 13 de Enero de 2010, expediente de contratación para la adjudicación de un contrato mixto consistente en la contratación conjunta de redacción de proyecto y ejecución de las obras de la “piscina pública municipal cubierta de Cuarte de Huerva” (Zaragoza), mediante procedimiento abierto con varios criterios de valoración de las ofertas y pago parcial mediante entrega de bienes inmuebles municipales integrantes del patrimonio municipal del suelo³¹¹.

La licitación fue celebrada mediante la publicación de anuncio en el perfil de contratante y boletín oficial de la provincia de Zaragoza en fecha 11 de Febrero de 2010, con un presupuesto máximo de licitación de 4.400.000 € y la siguiente forma de pago: - Hasta el importe, IVA incluido, de 2.756.534,40 €, en efectivo. Por los restantes 1.635.465,60 €, mediante la entrega en pleno dominio, en virtud de enajenación a favor

³¹⁰ Ver, Informe 4/2012, de 1 de Febrero, de la J.C.C.A., de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Condiciones contractuales que tienen carácter esencial a efectos de la modificación de los contratos. La J.C.C.A de la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme al Art. 1 de Decreto 81/2006, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, de los organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entes Locales radicados en su territorio con competencia para “informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa” (Decreto 81/2006, de 4 de Abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento).

³¹¹ Dicho pago parcial en especie encuentra su acomodo legal para este supuesto en el Art. 114 de la Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón (L.U.A) “2. Podrá igualmente disponerse de los terrenos o aprovechamientos integrantes de los patrimonios públicos de suelo, cualquiera que sea el uso lucrativo al que estén destinados con excepción del residencial protegido, en concepto de precio conforme a lo establecido en la normativa de contratación del sector público, siempre que el objeto del contrato esté comprendido dentro de los destinos del patrimonio público de suelo establecidos en esta Ley”, puesto en relación con lo establecido en el Art. 75.4 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: “En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean”. Consta en el expediente tasación pericial del inmueble objeto del pago parcial en especie del precio del contrato; el Gobierno de Aragón tomó razón de la enajenación mediante diligencia de 26 de Enero de 2010 de la Directora General de Administración Local. Sobre las expropiaciones urbanísticas puede verse FERNÁNDEZ TORRES, J.R: “Estudio analítico de las expropiaciones urbanísticas”, Ed. Aranzadi,

del adjudicatario, de un bien inmueble municipal así como sus aprovechamientos urbanísticos. Concurrió a dicha licitación un único licitador y el contrato fue adjudicado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno local de fecha 19 de Abril de 2010, por importe de 4.378.000,00 €, con el siguiente desglose: Base imponible 3.774.137,93 € I.V.A., a soportar por la Administración 603.862,07 € y la siguiente forma de pago: - Hasta el importe, excluido I.V.A., de 2.364.253,79 € en efectivo. Por los restantes 1.409.884,14 €, excluido I.V.A., hasta completar el importe de adjudicación de 3.774.137,93 €, mediante la entrega del bien; la base 3.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que “la parte del precio de adjudicación a pagar en dinero.../... se aplicará en primer lugar”. Respecto a la posibilidad de modificar el contrato, la base 19ª P.C.A.P., establece lo siguiente: BASE 19ª.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO, de conformidad con lo establecido en el Art. 202 de la L.C.S.P., una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público por atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Esta modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.../... En fechas recientes, la empresa contratista, que se encuentra en situación de concurso necesario de acreedores desde principios del año 2011, ha planteado la imposibilidad de continuar el contrato una vez que la parte del precio del mismo a pagar en dinero finalice, por no disponer de la liquidez precisa para financiar la ejecución de una obra a abonar en especie, ni tampoco de la autorización de la administración concursal de la empresa para continuar la ejecución del contrato en dichas condiciones. Las obras de construcción de la piscina municipal cubierta resultan de imperioso interés público, puesto que cubrirá las necesidades de un espacio municipal para el ejercicio de actividades acuáticas para al menos 496 niños en edad escolar que en este momento tienen que trasladarse al Stadium Casablanca y al Stadium Venecia, por lo que se evitarán los desplazamientos en autobús de los escolares, y por tanto, el riesgo y el coste que se asumen en este momento, así como la creciente demanda de este tipo de instalaciones por parte de las personas mayores, por los beneficios que para el cuidado de la salud reporta el ejercicio de la natación durante todo el año, redundando en un ahorro de costes, tanto públicos como de las personas que demandan esta tipología de servicios, así como, sobre todo, en una mayor seguridad para los vecinos en general y usuarios del servicio en particular, dado que se evitarán numerosísimos desplazamientos diarios por carretera. Atendidos dichos antecedentes, tanto el contratista como el Ayuntamiento se plantean si resulta legalmente posible proceder a la tramitación de un expediente de modificación del contrato, considerando la concurrencia de una causa imprevista como es la entrada del contratista en concurso necesario de acreedores, mediante la modificación de la forma de pago³¹², de modo que la totalidad del precio del contrato pudiese ser abonada en efectivo, previa la tramitación del oportuno expediente de modificación de créditos que habilite consignación presupuestaria adecuada y suficiente a tal fin, o si, por el contrario, la forma de pago de este contrato ha de considerarse una condición esencial del contrato según lo dispuesto en Art. 202.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su redacción aplicable a este expediente de contratación: “1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés

³¹² Mediante la modificación de la forma de pago del contrato de forma que un porcentaje importante de su precio pase a abonarse en efectivo, habiéndose pactado su pago en especie.

público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”, teniendo en cuenta que ni la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en la versión aplicable a este expediente de contratación, ni el P.C.A.P., del contrato definen en ningún momento cuáles son esas condiciones esenciales del contrato, al contrario de lo que ocurre en la redacción actual contenida en el texto refundido de la L.C.S.P., aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, que incide especialmente en su Art. 107.3 en definir las condiciones esenciales de licitación y adjudicación de los contratos a efectos de impedir su alteración mediante la modificación del contrato.

Se trata que la Junta Consultiva se pronuncie acerca de qué condiciones han de considerarse esenciales del contrato a efectos del Art. 202.1 L.C.S.P, en su versión anterior a las novedades que en materia de modificaciones del contrato introduce la L.E.S., y, por tanto, acerca de la posibilidad de modificar un contrato que se rige por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público en su versión anterior a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible mediante la modificación de determinadas condiciones del contrato.

La consulta se refiere fundamentalmente, a qué debe entenderse por condiciones esenciales del contrato a efectos del régimen de los modificados de los contratos y, en particular, si cabría la modificación de la forma de pago de un contrato que habiéndose pactado en un porcentaje importante como pago en especie, pasaría a abonarse en efectivo en su totalidad. Asimismo plantea si la situación sobrevenida de hallarse la empresa contratista en situación de concurso necesario de acreedores, habilita como causa imprevista a la Administración para llevar a cabo la modificación.

Explica la Junta que plantea la consulta como aspecto menor, si la declaración del contratista en concurso necesario de acreedores habilita a la Administración como causa imprevista de la modificación, tal y como exigía el Art. 202 L.C.S.P., en su versión anterior a la L.E.S. Ciertamente, se trata de una causa imprevista en cuanto que era imprevisible para la Administración, ahora bien, aunque como se ha dicho en la Consideración Jurídica I, no es función de esta Junta informar expedientes concretos, es necesario poner de relieve que se trata de una circunstancia para la que la normativa de contratación pública ha regulado una serie de efectos, distintos a la modificación. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 223 b) T.R.L.C.S.P. (antes 206 b) L.C.S.P.), la declaración de la empresa en concurso es causa de resolución del contrato, debiendo producirse ésta de forma obligatoria en el momento en que se produzca la apertura de la fase de liquidación, hasta entonces la Administración potestativamente puede decidir continuar con el contrato si el contratista presta las garantías suficientes para su ejecución (Art. 224 T.R.L.C.S.P, antes 207 L.C.S.P.). Si se produce la resolución del contrato, habrá que tener en cuenta que el artículo 225 T.R.L.C.S.P., (antes Art. 208 L.C.S.P, en su redacción dada por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de Abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo) exige que el acuerdo de resolución contenga pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, y precisa que en caso de resolución del contrato por concurso del contratista sólo se acordará la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

Como conclusiones:

- 1º) Con carácter general, son condiciones esenciales del contrato que no pueden verse afectadas por una modificación, aquellas que de haber sido conocidas previamente, habrían tenido como efecto que hubieran concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.
- 2º) La modificación de la forma de pago del contrato, de manera que habiéndose pactado una parte importante del precio como pago en especie, pase a abonarse totalmente en efectivo, afecta a una condición esencial.

5. Procedimiento.

5.1. Introducción

El Art. 108 dispone lo siguiente: “1. En el caso previsto en el Art. 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos. 2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el Art. 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. 3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Art. 211³¹³ para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos”.

La cuestión ya se regulaba en la legislación anterior tanto en la Ley de 1995³¹⁴ como en el T.R.L.C.A.P., de 2000³¹⁵. Esta norma, aprobada por Real Decreto Legislativo

³¹³ El Art. 211. Procedimiento de ejercicio, dispone lo siguiente: “1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista. 2. En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los Art. 99 y 213. 3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista. b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de €. 4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”.

³¹⁴ En su Art. 60.2 se añadía que en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos de modificación deberían ser adoptados previo informe del servicio jurídico correspondiente. El apartado 3º, en su letra b), precisaba que, no obstante lo anterior, sería preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de modificaciones, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, fuese superior a un 20 por 100 del precio original del contrato y fuese sea igual o superior a 1.000.000.000 de ptas. La Ley de reforma de la L.C.A.P., 53/1999 se ha limitado a dar una nueva redacción al apartado 3 b) del antiguo Art. 60. La

2/2000, de 16 de Junio, no recoge un precepto concreto regulador del procedimiento a seguir para la tramitación de las modificaciones contractuales, debiendo atender a las prescripciones diseminadas a lo largo del texto legal para especificar los requisitos y especialidades del mismo³¹⁶.

pequeña variación introducida es la referencia al precio primitivo del contrato y no al precio original del mismo.

³¹⁵De este modo, el Art. 59.1 dispone que es al órgano de contratación al que corresponde la facultad de modificar el contrato, determinando que “en el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista”. En el apartado segundo el citado precepto prevé, si bien para el ámbito de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, que los acuerdos en que se reflejen dichas decisiones sean adoptados previo informe del Servicio Jurídico. Asimismo y para mayor garantía de la actuación proyectada, el apartado tercero preceptúa, tal como se ha expresado en la consideración anterior, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 €. En relación con el Texto Refundido de 2000, se puede citar el Dictamen N°. 78/2006, de 23 de Mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.- 2006.

Expediente relativo a modificado nº 1 de las obras de: “Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural-palacio de Congresos en el Miradero” de la ciudad de Toledo. El expediente de modificación nº 1 del contrato de concesión de obra pública consistente en Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural palacio de Congresos en el entorno de Safont y posterior explotación del aparcamiento de la ciudad de Toledo, se inicia con fecha 24 de Marzo de 2006, por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Toledo, mediante el cual se procedió a la tramitación de la modificación citada por el importe previamente indicado. Este acuerdo fue precedido de un informe, emitido en fecha 13 de Enero de 2006, por el Gerente de la División de Infraestructuras de la Empresa Municipal de la Vivienda, en el que se expresó la necesidad de que fuera aprobada dicha modificación, y de una propuesta de inicio de expediente suscrita por la Concejala de Urbanismo de la Corporación (a la que se adjuntó el informe de supervisión del proyecto).

³¹⁶Igualmente, es preciso mencionar que el Art. 101.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, relativo a “modificaciones de los contratos”, establece que las citadas modificaciones deberán ser formalizadas conforme a lo previsto en el Art. 54, referente a la formalización de los contratos en general, esto es, deberán plasmarse en documento administrativo, pudiendo elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista y siendo precisa la constitución de la correspondiente fianza definitiva, en este caso su reajuste conforme a lo dispuesto en el Art. 42. Asimismo, el Art. 146, regulador de la modificación del contrato de obras, dispone en su apartado tercero que cuando el director facultativo considere necesaria una modificación del proyecto “recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones: Redacción del proyecto y aprobación del mismo. Audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días. Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos”. El Art. 101. 3, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece: “En las modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10% del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de ptas., (6.010.121,04 €) con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, será preceptivo, además del informe a que se refiere el Art. 59.2 y de la fiscalización previa en los términos del Art. 112.g. , del informe de contenido presupuestario de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda...”. Este precepto tiene el carácter de legislación básica según establece la Disposición Final primera de la citada norma, entendiéndose que la referencia hecha a los órganos de la Administración General del Estado, deberá entenderse realizada, en todo caso, a los que correspondan de otras Administraciones. Es decir, además del nuevo informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda, permanece la exigencia de la fiscalización previa en los términos del Art. 112.g. de la L.C.A.P; un informe preceptivo del servicio jurídico correspondiente (Art. 59.2), así como un informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva si la cuantía de las modificaciones del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de ptas., (Art. 59.3). El Art.101.3, añade que “a tal efecto, los

En relación con esta norma BELTRÁN GÓMEZ, A.I.³¹⁷, expone que la modificación aprobada debe formalizarse en el modo previsto en el Art. 156 T.R.L.C.S.P y 140 L.C.S.P., para la formalización de los contratos. La modificación del contrato ha de ser comunicada, en el plazo de tres meses desde su formalización, por el órgano de contratación al Tribunal de Cuentas o, en su caso, al órgano de control externo de la Comunidad Autónoma, cuando el precio del contrato de obra exceda los 600.000.-€ (Art.29 T.R.L.C.S.P –Ídem L.C.S.P.). Deberá igualmente, procederse al reajuste de la financiación del contrato y su fiscalización por la intervención (Art 109.3 T.R.L.C.S.P y 93.3 L.C.S.P.

También se puede citar el Dictamen del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.-2006, Nº. 222/2010, de 14 de Octubre. Expediente relativo a modificación nº 2, del contrato administrativo de obras para la ampliación y reforma del Hospital H. La citada L.C.S.P., no recoge en un precepto concreto el procedimiento a seguir para la tramitación de las modificaciones contractuales previstas en el mismo, debiendo atenderse a las prescripciones diseminadas a lo largo de dicho texto legal para determinar los requisitos y especialidades que le conciernen. El expediente sometido a consulta se inicia con la propuesta de modificación suscrita por el Jefe de Área de Infraestructuras, Equipamientos y Suministros, a la cual acompaña sendos informes del Servicio de Obras sobre la necesidad de contratación de un segundo modificado y acerca de la improcedencia de convocar una nueva licitación. Redactado el correspondiente documento técnico se emitió informe de supervisión del proyecto por el Jefe de Sección de Planificación y Ejecución, e informe de la Arquitecta del Servicio de Obras en relación a lo innecesario de suscribir una nueva acta de replanteo. De tal documentación se dio traslado al Director General de Gestión Económica e Infraestructuras, autoridad que acordó el inicio del expediente de modificación propiamente dicho. Como actuaciones subsiguientes se recogen en el expediente con posterioridad la expresa conformidad del contratista con la propuesta de modificación planteada, la fiscalización del crédito suficiente para hacer frente a la misma acordada por la Jefa del Servicio de Fiscalización y el informe del Servicio de régimen Jurídico de Personal en sentido favorable a la aprobación de la modificación. Culmina el procedimiento sustanciado con el sometimiento del expediente a este Consejo en solicitud de dictamen, al haber superado la modificación el 20% del precio primitivo del contrato y ser la cuantía de éste superior a 6.000.000 de €. A la vista de las actuaciones descritas, y sin perjuicio de la carencia documental expresada en párrafos precedentes

órganos de contratación remitirán el expediente correspondiente a la modificación propuesta, al que se incorporarán los siguientes documentos: a) Una memoria explicativa suscrita por el director facultativo de la obra que justifique la desviación producida que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas en la aprobación del Pliego de Prescripciones Técnicas y, en su caso, en el proyecto correspondiente, documento que será expedido, en los contratos distintos a los de obras, por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas. b) Justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación. c) En los contratos de obras, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta”. Finalmente, el Art. 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el R.G.C.E., dispone que, cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

³¹⁷ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

en relación al documento técnico del proyecto, cabe concluir que el procedimiento cumple satisfactoriamente las exigencias formales de aplicación, procediendo examinar los aspectos sustantivos derivados del expediente remitido, no sin antes esbozar el sentido y límites en que se desenvuelve la potestad de modificación contractual que ostenta la Administración.

En relación con este precepto cuando se introdujo modificando la L.C.S.P, hay que tener en cuenta la Circular 1/2011, de la Abogacía del Estado sobre Incidencia Económica Sostenible referida al Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público. En su apartado D) se aborda el tema del Procedimiento de modificación del contrato. Se explica que en el caso de la denominada modificación convencional, es decir, la modificación que se prevé en el pliego o en el anuncio de licitación, el Art. 92 de la L.C.S.P exige, como antes se dijo, que se establezca el procedimiento que haya de seguirse para la modificación del contrato. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 92 *quinquies* del propio texto legal, han de distinguirse tres supuestos:

- 1) Modificación de un contrato administrativo. En este primer supuesto, y dada la regla establecida en el artículo 92 *quinquies*, apartado 3 ("lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Art. 195 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos"), ha de entenderse que el procedimiento que debe seguirse es el establecido en el Art. 195 de la L.C.S.P.
- 2) Modificación de un contrato de una entidad del sector público estatal que no tenga la condición de Administración pública. En este segundo supuesto no se establece en la L.C.S.P., ninguna regla que fije el procedimiento que deba seguirse. Así las cosas, y dado que no resulta aplicable el procedimiento del Art. 195 de dicho texto legal, hay que entender que el procedimiento será el que se determine, en la documentación que rija la licitación, por el ente, organismo o entidad contratante, que podrá aplicar el procedimiento que, en su caso, haya establecido en las normas de contratación a que se refieren los Arts. 175 y 176 de la L.C.S.P, si bien deberá darse trámite de audiencia en todo caso al contratista, siendo recomendable el informe de la Asesoría Jurídica.
- 3) Modificación de contrato privado de la Administración del Estado. Este tercer supuesto no aparece recogido en la L.C.S.P. Así las cosas, y dado que, de una parte, el procedimiento del Art. 195 se refiere a los contratos administrativos (ya que este precepto se encuadra en el libro IV de la L.C.S.P., que se refiere a los "efectos cumplimiento y extinción de los contratos administrativos"), y de otra parte, el supuesto que ahora se considera puede conceptuarse como equivalente al señalado en el anterior apartado 2, cabe razonablemente entender que el procedimiento que debe seguirse es el indicado en dicho apartado.

Desde el plano doctrinal COLÁS TENAS, J³¹⁸, explica que cuando no se haya previsto, se debe diferenciar entre los contratos administrativos y los contratos privados.

En relación con los contratos administrativos, señala que es de aplicación el Art. 195 L.C.S.P. Con respecto a los contratos privados, explica que no se aplica el procedimiento del Art. 195 L.C.S.P. GARCÉS SANAGUSTÍN, M señala que como novedad representativa, se reduce en el Art. 195 de la Ley de Contratos del Sector Público de un 20% a un 10% el porcentaje del modificado sobre el precio primitivo del contrato por el que se requiere dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. No parece que esta medida vaya a desincentivar la proliferación de modificaciones, si es ese el propósito del Gobierno, conforme a la experiencia que se tiene en esta materia, si bien habrá que esperar a la aplicación práctica del conjunto de las normas proyectadas para valorar su impacto efectivo en la praxis administrativa. BELTRÁN GÓMEZ, A.I³¹⁹, explica que la modificación de los contratos se llevará a cabo en el modo previsto en el T.R.L.C.S.P. Como en todos los procedimientos regulados por el T.R.L.C.S.P., será de aplicación subsidiaria la normativa contenida en la Ley 30/1992, L.R.J.P.A.C., y normas complementarias (Disposición Final 3ª T.R.L.C.S.P –D.F. 8ª L.C.S.P-), si bien, según doctrina tanto del Consejo de Estado (DCE_477/2001), como de la J.C.C.A., (MEH_16_2000), no debe llevarse a cabo una aplicación supletoria indiscriminada de la L.R.J.P.A.C., cuando el resultado pueda ser contrario a los principios generales que rigen la contratación administrativa. Expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J³²⁰, destaca que como todos sabemos, la ejecución de los contratos se desarrolla en el seno de una relación bilateral que ha de regirse por el principio *pacta sunt servanda*, con un marco jurídico específico de derechos y obligaciones, de entre los que destaca, la prerrogativa o privilegio de la administración de, a través de una decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, modificar las condiciones del contrato. Ahora bien la garantía del contratista y también del interés público exige que la tramitación de los modificados del contrato administrativo se ajuste a unas normas de procedimiento que tendrá el carácter de procedimiento autónomo, a los efectos de la aplicación subsidiaria, en el ámbito estatal, o supletoria, en el ámbito autonómico, del procedimiento común previsto en el Título VI de la L.R.J.P.A.C., señaladamente para la aplicación del silencio administrativo, el plazo máximo para resolver y excepcionalmente el instituto jurídico de la caducidad. El análisis de este régimen lo lleva a cabo distinguiendo las dos categorías de modificados, como vamos a ver inmediatamente.

5.2. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (antiguo Art. 92 ter).

BELTRÁN GÓMEZ, A.I³²¹, señala que tratándose de modificaciones previstas en el contrato “...las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.” (Art.108.1 T.R.L.C.S.P). En todo caso será preceptivo el Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea

³¹⁸ Ver, COLÁS TENAS, J, op.cit.

³¹⁹ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

³²⁰ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit.

³²¹ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

superior a un 10 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de €. Este informe no es vinculante para el órgano de contratación (Art. 83.1 L.R.J.P.A.C.).

Expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J³²² que las modificaciones de este artículo se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos respetando en todo caso lo dispuesto en el Art. 195 de la L.C.S.P., lo que para su recta interpretación requiere, a nuestro juicio, un detenido análisis. Este artículo regula las modificaciones contractuales de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, debiendo recordar que el precepto habla de pliegos, no de pliegos de cláusulas administrativas particulares y como sabemos el Art. 121.2 de la L.C.S.P., obliga a elaborar un pliego en los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas siempre que reúnan las condiciones que allí se establecen.

Decimos esto para delimitar el alcance de la expresión relativa a que el procedimiento a seguir en las modificaciones contractuales se acordará en la forma que se hubiese especificado en los pliegos, porque el grado de libertad para configurar ese procedimiento en el caso de un contrato administrativo será mucho menor que en el caso de un contrato privado celebrado por un poder adjudicador que no tenga la condición de Administración Pública.

En primer lugar, los contratos administrativos que se celebren en la Administración General del Estado habrán de respetar todos los trámites dispuestos en el Art. 195 L.C.S.P y en el ámbito de las Administraciones Autonómicas, los apartados del Art. 195 L.C.S.P que tengan la naturaleza de básicos y respecto a los no básicos lo que en su caso el respectivo ordenamiento jurídico autonómico disponga; pero es que además, cuando hablamos de procedimiento no debemos olvidar que la competencia para el procedimiento administrativo común se atribuye de forma exclusiva y plena en el Art. 149.1.18 de la C.E., cuya regulación se disciplina en la L.R.J.P.A.C., que lo articula como un procedimiento administrativo no formalizado. Esta atribución competencial exclusiva al Estado del procedimiento administrativo común se encuentra no obstante matizada primero por la propia Constitución al admitir la existencia de especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y en segundo lugar, por la jurisprudencia constitucional que reconoce la conexión entre la competencia del Estado o las Comunidades Autónomas para la regulación sustantiva de cada actividad o servicio y los «procedimientos *ratione materiae*», entendidos estos como procedimientos administrativos formalizados. Ahora bien estos procedimientos *ratione materiae* habrán de regularse en una norma reglamentaria y recordemos que los «pliegos», por utilizar la misma expresión que el Art. 92 *quinquies*, carecen de carácter normativo. No debemos entender, por tanto, que la nueva redacción de la L.C.S.P., habilita a que los pliegos determinen un procedimiento «formalizado» para tramitar los modificados sino que, en el caso de los contratos administrativos, la alusión al procedimiento debe interpretarse en el mismo sentido que el Art. 67.1 del R.G.L.C.A.P., cuando dice que «Los P.C.A.P., contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación... Que a lo que realmente se refiere no es a que en absoluto haya libertad para establecer un

³²² Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit.

procedimiento o forma de adjudicación distinto al regulado legalmente, sino que lo que contendrá el pliego son menciones específicas a los criterios de valoración de las ofertas conforme al Art. 134.2 L.C.S.P., y a los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciarán las bajas temerarias en virtud del Art. 136.2 L.C.S.P. Lo que debe entonces entenderse incluido en la fórmula legal de procedimiento a seguir en las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos es que cuando las circunstancias lo requieran atendiendo a la naturaleza del modificado en cuestión, se acuda a complementar lo dispuesto en el Art. 195 de la L.C.S.P., con cualquiera de los trámites o informes que se prevén en el procedimiento administrativo común. Por otra parte hay que recordar aquí que el tenor literal del Art. 92 *ter*, que exige se consigne en los pliegos el procedimiento que haya de seguirse para la modificación, siendo aspectos de singular importancia para garantizar la transparencia de lo modificados en los contratos administrativos, la determinación del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento administrativo; el sentido del silencio administrativo cuando el procedimiento se haya iniciado a solicitud del interesado, y en su caso, si procediera, la caducidad del procedimiento. Aunque el Art. 42.4 de la L.R.J.P.A.C., dispone que las AA.PP., deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo, en muchas ocasiones, aun con esas listas, es difícil llegar a conocer en el caso concreto si hay un plazo específico fijado para resolver y notificar y el sentido del silencio. Esta dificultad es producto de lo que la doctrina administrativa muy gráficamente llamó en su día la balcanización de los procedimientos, por el elevado número de procedimientos que la deslegalización operada por la Ley 30/1992 trajo consigo y porque su producción puede ser tanto estatal como autonómica; en este sentido la disposición adicional tercera de la L.R.J.P.A.C., en la redacción dada a la misma por el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de Agosto, estableció que reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, se llevaría a cabo la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca. No parece, por tanto, coherente con el principio de transparencia al que se refieren las directivas comunitarias, trasladar a los licitadores o contratistas la labor de indagación de estas cuestiones que son de enorme trascendencia y que pueden consignarse en el correspondiente P.C.A.P., sin que en ningún caso y por elementales razones de seguridad jurídica pueda a través del propio pliego, retorciendo la interpretación de la norma, ampliar el plazo máximo para resolver y notificar o los efectos del silencio administrativo de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico que corresponda. Respecto al plazo máximo para resolver y notificar y los efectos del silencio administrativo merece la pena que nos detengamos brevemente para apuntar las siguientes notas: • Que la circunstancia de que estemos ante un procedimiento autónomo hace que si no está fijado en el ordenamiento correspondiente reglamentariamente, de acuerdo con la Disposición adicional tercera de la L.R.J.P.A.C., (estatal o autonómico), el plazo máximo para resolver sea el plazo máximo general de tres meses fijado en el Art. 42.3 L.R.J.P.A.C., computándose en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación y en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. • Que en los procedimientos iniciados a

solicitud del interesado, de acuerdo con el Art. 43.1 de la L.R.J.P.A.C, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. De acuerdo con el apartado 2.º de la Disposición Final 8.ª de la L.C.S.P., en la Administración General del Estado y siempre que no se «establezca específicamente otra cosa» reza ahora este apartado después de la Ley 2/2011 (creemos que se trata de una deslegalización que habilita a los procedimientos a los que se refiere el apartado 3.º de esa Disposición, a que puedan establecer específicamente el silencio positivo) transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar su solicitud desestimada por silencio administrativo. En el ámbito autonómico habrá que estar a lo que se disponga en sus correspondientes ordenamientos, si bien en su mayoría carecen de previsión alguna sobre el silencio administrativo (por lo que sería positivo). • Debe aquí significarse (aunque entendemos que este modificado es más propio de la categoría de modificados prevista en el Art. 92 *quáter*) que en el supuesto del modificado del contrato de obras, cuando su tramitación exija la suspensión de la ejecución de la misma, regulado en el Art. 217.4 L.C.S.P, el plazo fijado para la aprobación del expediente es de 8 meses, habilitando por tanto la norma legal, la superación del plazo de 6 meses a que se refiere el Art. 42.2 de la L.R.J.P.A.C.; ahora bien sólo estaría habilitando a la Administración General del Estado puesto que este apartado del Art. 217 carece de carácter básico.

5.3. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (antiguo Art. 92 *quáter*).

BELTRÁN GÓMEZ, A.I.³²³, señala que tratándose de modificaciones no previstas, establece el T.R.L.C.S.P un procedimiento general aplicable al ejercicio de todas las prerrogativas de las Administraciones públicas que contendrá ciertas singularidades según cuál sea el tipo de contrato sobre el que se ejercita. Además, habrá de hacerse referencia a ciertos procedimientos especiales aplicables al contrato de obras.

Los requisitos procedimentales para la modificación del contrato se regulan fundamentalmente en el Art. 211 T.R.L.C.A.P y 195 de la L.C.A.P., habiéndose de tener en cuenta, además, ciertas precisiones contenidas en el Art. 108 y, tratándose de un contrato de obras, lo previsto en el Art. 234 T.R.L.C.A.P., continuación, por el citado autor, se relacionan estos trámites, mezclando los generales de todo tipo de contrato, con los que son propios del contrato de obras, si bien, como se verá en el apartado siguiente, la ley hace mención a tres supuestos específicos del contrato de obras con su singular procedimiento.

a.- Audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. (Art. 108.2 T.R.L.C.A.P y 92 *quinquies* 1. L.C.A.P.).

³²³ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

b.- Propuesta del servicio administrativo competente en la que se justifique la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y se valore, en su caso, la cuantía de la modificación, a efectos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y de su posible resolución por exceder los límites cuantitativos. Tomando como base la L.R.J.P.A.C., se interpreta que no solo la Administración, como parece deducirse del T.R.L.C.S.P, se encuentra legitimada para instar la modificación del contrato, sino que también puede ésta ser solicitada por el contratista. Sobre si un tercero se personara en el expediente de modificación de un contrato, se entiende que sí, si acredita interés legítimo).

c.- (C. obra) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. (Art. 234.2 T.R.L.C.A.P y 217.2 L.C.A.P.). El R.G.C.E., (Art 162.2), exige de igual modo, la conformidad del contratista a la variación de plazo resultante de la introducción de nuevas unidades. Por su parte el Art. 161 R.G.C.E., dispone que se tramitaran como modificación del contrato los cambios del origen o procedencia de los materiales naturales previstos y exigidos en la memoria o, en su caso, en el pliego de prescripciones técnicas.

d.- Audiencia del contratista, en un plazo mínimo de tres días.

e.- Informe del servicio jurídico correspondiente cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales. En el resto de administraciones, habrá que estar a su normativa reguladora. Este informe no es vinculante para el órgano de contratación (Art. 83.1 L.R.J.P.A.C.). La exigencia contenida en el Art. 211.3.b. de solicitar Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de €, no es aplicable al supuesto de modificados no previstos, al no ser posible que los mismos superen el 10% del precio primitivo del contrato)³²⁴.

³²⁴ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 14 de Julio de 2011. Número de expediente: 974/2011 (TRABAJO E INMIGRACIÓN). Referencia: 974/2011. Asunto: Modificación del contrato de las obras de reforma y adaptación del edificio sede de la Dirección Provincial del I.N.S.S., en Sevilla (Fase B). En relación con la fiscalización del gasto -que exige el vigente Art. 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- no consta en el expediente informe de la Intervención (aunque sí se han incorporado al expediente los documentos contables RCPU y RCEP correspondientes); la propuesta sí menciona dicho informe que, sin embargo, no ha sido incorporado al expediente remitido al Consejo de Estado. Cabe recordar que el Art. 13 del Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el Régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social, señala, en relación con el ejercicio de la función interventora, que la Intervención debe recibir el expediente una vez reunidos todos los documentos, justificantes e informes preceptivos emitidos y cuando esté en disposición de que se dicte el acuerdo por quien corresponda, sin perjuicio de lo previsto en el Art. 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de

f.- Acuerdo motivado del órgano de contratación aprobando el expediente, tanto en su dimensión técnica como económica. El acuerdo adoptado por el órgano de contratación pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de su impugnación en vía contenciosa. El derecho del contratista prescribe a los cuatro años contados desde la fecha en que se produce la notificación del acuerdo de modificación.

g.- Formalización de la modificación en el modo previsto en el Art. 156 T.R.L.C.S.P. (140 L.C.S.P) para la formalización de los contratos.

La omisión de alguno de los trámites señalados determinará la nulidad del procedimiento y la retroacción de las actuaciones al momento en que se prescindió del mismo. (Nota: Si bien cierta jurisprudencia ha relativizado la exigencia del trámite de audiencia del contratista “de manera que únicamente cuando genere indefensión en el interesado podrá servir para producir efectos invalidantes” (S.T.S. nº roj 3048/2002), la misma es anterior a la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (L.C.A.P), norma en la cual, por primera vez, se recogía de modo expreso su exigencia, por lo que ha de entenderse que actualmente, la omisión de este requisito supondrá causa de nulidad del procedimiento).

¿Cómo se tramita una modificación sobre un contrato menor cuando, como resultado de la variación (en más), el importe total del contrato modificado excede los límites señalados por la ley para este tipo de contratos?... La modificación de un contrato menor no puede superar los límites cuantitativos que para este tipo de contratos establece la ley).

Expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J³²⁵ que el Art. 92.2 *quinquies*, dispone que, antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el Art. 92 *quáter*, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Junto a este nuevo trámite, para la modificación los contratos administrativos de obras en el ámbito de la Administración General del Estado, habrá que estar al procedimiento formalizado de modificación, con las posibilidades que recoge, regulado en los apartados 2, 3 y 4 del Art. 217 de la L.C.S.P (en combinación con lo dispuesto en los Arts. 202 y 195 de la L.C.S.P). En el ámbito autonómico debe recordarse que para la modificación de contratos de obras, ex

22 de Abril, en el que se recoge el carácter final del dictamen del Consejo de Estado (por lo que precisa el citado Art. 13 del Real Decreto 706/1997 que, en este caso, la fiscalización, además de comprobar con anterioridad al dictamen del Consejo de Estado los extremos exigidos por la normativa vigente, con posterioridad a dicho dictamen únicamente constatará su existencia material y su carácter favorable). En definitiva, ha de incorporarse al expediente el informe de la Intervención a que alude la propuesta y que ya debe haberse emitido, pero que no consta entre la documentación remitida al Consejo de Estado. Por otra parte, ha de notarse que el contrato originario fue sometido a previa autorización del Consejo de Ministros, ya que su valor estimado excedía de doce millones de € (apartado 1.a del Art. 292 de la L.C.S.P). Por este motivo, y aunque la propuesta de resolución no lo menciona, la modificación también debe obtener tal autorización, de acuerdo con el Art. 292.4 pues supone una posible causa de resolución según el Art. 220.e) de la repetida L.C.S.P (en la redacción anterior a la que le ha dado la LES).

³²⁵ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit.

Disposición Final Séptima, carece del carácter básico lo relativo a la redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma y a la aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos (Art. 217.3 L.C.S.P., carece del carácter básico salvo su letra b) que dispone la audiencia al contratista por el plazo mínimo de 3 días) y el supuesto del modificado del contrato de obras cuando su tramitación exija la suspensión de su ejecución (Art. 217.4 L.C.S.P) como ya hemos dicho más arriba, por lo que habrá que estar a lo que en su caso se disponga en el ordenamiento autonómico correspondiente. Para las modificaciones de los restantes contratos, cuando no estuvieran previstas en la documentación que rige la licitación, habrá que estar además de a lo que disponen con carácter general los Arts. 195 y 202 L.C.S.P., a lo que disponen los siguientes artículos de carácter básico específicos de cada tipo de contrato de acuerdo con la redacción dada a los mismos por la Ley 2/2011; Arts. 226 y 233 para la modificación del proyecto y de la obra pública respectivamente en los contratos administrativos de concesión de Obra Pública; Art. 258 para la modificación del contrato de Gestión de Servicios Públicos; Art. 272 para la modificación del contrato de suministros; Art. 282 para la modificación del contrato de servicios. En aras al cumplimiento del principio de transparencia, sería encomiable que en la práctica administrativa se cumpla la escasamente utilizada previsión contenida en el Art. 42.4 párrafo 2.º de la L.R.J.P.A.C., que dispone que en todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

5.4. Procedimiento para la modificación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración pública.

De acuerdo con lo establecido en el Art. 20 del T.R.L.C.S.P., los contratos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de AA.PP., tendrán la consideración de contratos privados y se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la L.C.S.P., y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado. “No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I sobre modificación de los contratos”.

La doctrina ha señalado que este último inciso fue introducido por la L.E.S., en la L.C.S.P de 2007. BELTRÁN GÓMEZ, A.I.³²⁶, que anteriormente solo era de aplicación obligatoria a los contratos que celebraran las AA.PP., (contratos administrativos).

³²⁶ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

Recuerda que en cualquier caso, el orden jurisdiccional civil seguirá siendo el competente para conocer las controversias que surjan entre las partes en relación a la modificación de estos contratos privados (Art. 21.2 T.R.L.C.S.P.). En este segundo supuesto no se establece en la L.C.S.P ninguna regla que fije el procedimiento que deba seguirse. Así las cosas, y dado que no resulta aplicable el procedimiento del Art. 195, de dicho texto legal (211 T.R.L.C.S.P.), hay que entender que el procedimiento será el que se determine en la documentación que rijan la licitación, por el ente, organismo o entidad contratante, que podrá aplicar el procedimiento que, en su caso, haya establecido en las normas de contratación a que se refieren los Arts. 175 y 176 de la L.C.S.P, (191 y 192 T.R.L.C.S.P.) si bien deberá darse trámite de audiencia en todo caso al contratista, siendo recomendable el informe de la Asesoría Jurídica...” (Circular 01/2011 de la Abogacía del Estado -ABO_01_2011).

Expone MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J³²⁷ que los Entes, Organismos y Entidades previstas en el Art. 3. L.C.S.P., que aun no teniendo la condición de Administración pública, y si tengan la condición de poder adjudicador, se ajustarán a lo dispuesto en la L.C.S.P. Destaca que ese inciso final del Art.20.2 arriba subrayado, supone seguir la recomendación del Consejo de Estado dando una nueva redacción al citado Art. 20.2 de la L.C.S.P. Señala que la misma Ley, proyecta las normas del procedimiento administrativo en las fases de preparación y adjudicación de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, así como en la fase de ejecución cuando se trate de modificados, a la actividad de los poderes adjudicadores que carecen de la condición de administración pública como un instrumento de garantía para los licitadores o contratistas, en cuanto supone que la actuación de estos poderes adjudicadores, tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados, como requisito necesario para que pueda calificarse su actividad de legítima. El concepto garantista que el legislador tiene del procedimiento, deja su huella en el Art. 175.b de la L.C.S.P, al prescribir que los órganos competentes del correspondiente poder adjudicador deberán aprobar unas instrucciones, que serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno, en las que se regulen los procedimientos de contratación, de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Dentro de los modificados podemos distinguir, de forma muy breve, las dos grandes categorías: a) Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (Art. 92 *ter*). De acuerdo con el Art. 121 de la L.C.S.P en combinación con el Art. 92 *ter* de la misma Ley, los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública podrán hacer uso de esta categoría de modificado cuando: a) el pliego que deben elaborar en los contratos no sujetos a regulación armonizada de cuantía superior a 50.000 €, además de contener la información recogida en el mencionado Art. 121.2 L.C.S.P, advierte expresamente la posibilidad de modificar el contrato, detallando de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de esta modificación con los rigurosos requisitos que ahora exige el Art. 92 *ter* b). En el resto de contratos, cuando el anuncio de licitación advierta expresamente la posibilidad de su modificación cumpliendo los requisitos del citado Art. 92 *ter*., en virtud de lo dispuesto en el Art. 92 *quinquies*, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el

³²⁷ Ver, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J, op.cit.

anuncio o en los pliegos, gozando el poder adjudicador correspondiente de un amplio margen de libertad para fijar la forma en que habrán de sustanciarse estos modificados, respetando en todo caso los principios que inspiran la contratación en el derecho privado. b) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (Art. 92 *quáter*). Los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública, podrán hacer uso de esta categoría de modificado no previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias tasadas en el Art. 92 *quáter*, debiendo en los casos que proceda, antes de sustanciar esta modificación, dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas; si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Salvo este trámite el margen para sustanciar la modificación será tan amplio como permitan las reglas y principios que inspiran la contratación en el Derecho privado.

5.5. La importancia del trámite de audiencia.

Con respecto a la Ley de 1995, se puede mencionar el Dictamen del Consejo de Estado de 1997³²⁸. Se advierte la omisión en el expediente del necesario trámite de audiencia al contratista, sin que la conformidad implícitamente manifestada por la empresa deba dispensar a la Administración contratante de la observancia de este trámite. Tal requisito, rebasa por otra parte, los límites de lo rituario, para convertirse en un requisito sustantivo. Cuando la modificación pretendida tenga entidad suficiente como para convertirse en potencial causa resolutoria del vínculo contractual constituido, por traspasar el umbral del 20% del presupuesto de adjudicación, la variación que comporta la conformidad del contratista, constituye un presupuesto indispensable para la aprobación de la novación del contrato y, por consiguiente, para el mantenimiento de la relación contractual, de forma que en el expediente administrativo instruido al efecto por la Administración contratante, debe constar de forma indubitada la anuencia del contratista. En relación con esta exigencia, el Consejo de Estado ha venido manteniendo que dicha anuencia debe constar, además, de forma expresa y por escrito, debiendo evitarse, en la medida de lo posible, manifestaciones de voluntad tácitas o simples documentos contractuales (como planos, proyectos, presupuestos o precios contradictorios) firmados por la representación del contratista, que no reflejaren una voluntad cierta e inequívoca de continuar con la relación contractual, enervando así cualquier eventualidad sobrevenida que permita a la entidad adjudicataria retractarse de su posición inicial. Así resulta, por ejemplo, de los dictámenes 51.278, de 4 de Febrero de 1988; 1.629/91, de 23 de Enero de 1991; 1.508/93, de 10 de Febrero de 1994; 216/96, de 20 de Marzo de 1996; 3.371/96, de 28 de Diciembre de 1996; y 2.540/97, de 5 de Junio de 1997).

³²⁸Ver Dictamen de 6 de Noviembre de 1997. Número de expediente: 4350/1997 (FOMENTO). Referencia: 4350/1997. Asunto: Modificación nº 1 contrato de obras acondicionamiento de C.N.- 420, tramo: Riudecols-Reus. Se advierte también la omisión del informe de la Intervención General de la Administración del Estado, cuya precepto en expedientes como el sometido a consideración resulta indudable, y debe ser recabado previamente al dictamen del Consejo de Estado, como se deriva del carácter general y final de este último (Art. 2.4 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de Abril, reguladora de este Cuerpo Consultivo).

En el asunto examinado, siendo la novación contractual propuesta posible causa de resolución del contrato administrativo de obra, no se ha incorporado al expediente sometido a consideración, aceptación explícita de la sociedad adjudicataria de las obras. Sí consta la conformidad implícitamente manifestada, a través de la firma de ciertos documentos contractuales obrantes en el expediente. Y si bien ello pudiera revelar la anuencia del contratista a la novación contractual proyectada, es conveniente que la práctica administrativa en este punto, se adecue a los criterios indicados, evitando con ello resultados que pudieran ser contraproducentes para el interés público. Asimismo, es de reseñar que las anomalías advertidas no se agotan en las graves deficiencias e irregularidades del proyecto originario.

5.6. Silencio administrativo y procedimiento.

La cuestión se zanja en un asunto de 2008³²⁹. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., del País Vasco, con fecha 10 de Enero de 2005, dictó Sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo presentado por U.T.E ELANTXOBE, contra el acto administrativo dictado el 28 de Diciembre de 2001, por el Director del Servicio de Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco, mediante el que es desestimada la solicitud para que se suspendieran en su totalidad de forma temporal las obras, y se redactase un nuevo proyecto relativo todo ello, a las obras del nuevo muelle en la zona de varada del puerto de Elantxobe y, en consecuencia, confirmamos la resolución impugnada. La actora fue en su día adjudicataria del contrato de obras formalizado el 28 de Diciembre de 2000, para la ejecución en el plazo de seis meses del "Nuevo muelle en la zona de la rampa de varada del puerto de Elantxobe", Denuncia en su único motivo de casación, que la Sentencia de instancia infringe el Art. 43. 1 y 2, de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, pues su solicitud de fecha 20 de Marzo de 2001, de suspensión temporal total de las obras, con efectos desde la fecha del acta de comprobación del replanteo (28/12/2000), hasta tanto se aprobara y firmara el proyecto modificado que reputaba necesario, debió entenderse estimada por silencio administrativo, de suerte que la resolución expresa posterior, de fecha 28 de Diciembre de 2001, dictada por el Director de Servicios del Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco, lejos de desestimarla, como hizo, sólo hubiera podido ser confirmatoria de aquel acto presuntamente ganado por silencio positivo. El T.S. considera que el motivo debe ser desestimado.

La Sentencia de 28 de Febrero de 2007, dictada por el Pleno de esta Sala Tercera del T.S., en el recurso de casación número 302/2004, ya aclaró que el Art. 43 de la Ley 30/1992 no se refiere a cualquier solicitud deducida ante la Administración, sino a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Esto es, a las solicitudes que determinan la iniciación de un procedimiento; no a las que se insertan en un procedimiento ya iniciado. De suerte que si éste, como ocurre en los procedimientos de contratación administrativa, se inicia de oficio (ver, por todos, los Arts. 67.1 y 69.1 del T.R.L.C.A.P. Los efectos del silencio quedan regidos, no por aquel artículo, y sí por lo que dispone el siguiente Art. 44 de aquella Ley. Así, en la citada Sentencia pueden leerse afirmaciones como las siguientes: "El escenario que contempla el legislador [de

³²⁹ Ver S.T.S. de 17 de Diciembre de 2008, Nº de Recurso: 2864/2005, Ponente: D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ.

1992 y de 1999] para regular el sentido del silencio, no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración, sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados". "Para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la L.P.A.C., [Ley 30/1992] para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica". "La L.P.A.C., establece como regla el silencio positivo, pero parte, de que esa ficción legal, se aplica a procedimientos predeterminados". "La ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes".

Más en concreto, y ya por lo que hace al caso de autos, aquella solicitud deducida el 20 de Marzo de 2001, tiene su encaje o se enmarca lógicamente dentro de las previsiones normativas referidas a la modificación del contrato de obras. Así lo entendió la propia actora, que en la misma solicitud, citó el Art. 146 de aquel Texto Refundido, como precepto a cuyo amparo la deducía. Precepto, el citado, cuyo número 3 prescribe con toda claridad que el correspondiente expediente se inicia en virtud de autorización del órgano de contratación. En otras palabras, no es la solicitud del contratista, ni tan siquiera el parecer coincidente del Director Facultativo de la obra, la que inicia jurídicamente el procedimiento de modificación, sino la autorización que a tal fin otorga el órgano de contratación. El procedimiento de modificación es así, realmente, un procedimiento que se inicia de oficio, aunque tal inicio pueda venir impulsado a raíz de una solicitud del contratista. En él, por tanto, el vencimiento del plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, produce los efectos a que se refiere el Art. 44, no el 43, de la Ley 30/1992. En el caso de autos, el efecto a que se refiere el Art. 44.1; esto es: que la solicitante, la contratista, pudiera entender desestimada su pretensión por silencio administrativo, y pudiera así reaccionar contra ese acto presunto, ejercitando los pertinentes medios de impugnación. c) Por fin, a mayor abundamiento, y citándola no porque fuera una norma vigente aplicable como tal al caso de autos, sino por entenderla expresiva de la recta interpretación de las que al tiempo de aquella solicitud habían de ser valoradas para decidir una cuestión como la planteada en el motivo de casación. Ha de tenerse en cuenta la que hoy se contiene en el número 2 de la Disposición final octava de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, conforme al cual: "En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver".

6. La irregularidad del reformado anticipado.

6.1. Dictámenes del Consejo de Estado.

Se puede mencionar el Dictamen del Consejo de Estado de 1997³³⁰, donde afirma que no puede pasar por alto otras circunstancias especialmente graves que han afectado a la tramitación administrativa del proyecto modificado sometido a consideración. Las obras cuya modificación se tramita se estaban ejecutando, como se infiere de los informes del Inspector General, de fechas 25 de Abril de 1995, y 31 de Enero de 1996, obrantes en el expediente, siendo muy presumible que a la fecha de hoy puedan encontrarse totalmente ejecutadas o, cuando menos, en un avanzado estado de ejecución. Debe señalarse a este respecto, que la modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma, que para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente instituido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeto a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del P.C.G.A., para la Contratación de Obras del Estado). En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado como de "reformado anticipado", por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes 1.834/95, de 11 de Octubre, 454/96, de 8 de Febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública. En este sentido, a tenor de sendos informes de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública, resulta que las obras se estaban llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Asesoría Jurídica, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado "a posteriori" para "convalidar", sin duda, la situación creada y consumada *de facto* con la ejecución material de la modificación. Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las prescripciones legales, por lo demás, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente,

³³⁰Ver Dictamen de 6 de Noviembre de 1997. Número de expediente: 4350/1997 (FOMENTO). Referencia: 4350/1997. Asunto: Modificación nº 1 contrato de obras acondicionamiento de C.N.- 420, tramo: Riudecol-Reus. Se advierte también la omisión del informe de la Intervención General de la Administración del Estado, cuya receptividad en expedientes como el sometido a consideración resulta indudable, y debe ser recabado previamente al dictamen del Consejo de Estado, como se deriva del carácter general y final de este último (Art. 2.4 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de Abril, reguladora de este Cuerpo Consultivo).

acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado. Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función garantista y conforme a los razonamientos que anteceden, no puede aceptar la conveniencia de aprobar la modificación pretendida. Ello no obstante, este Cuerpo Consultivo no es ajeno a las dificultades que entraña el estado de circunstancias a que se ha llegado, debido al reprochable actuar administrativo, y entiende, a la vista de que las obras pudieran encontrarse totalmente concluidas o en un avanzado estado de ejecución, que la Administración contratante deberá acordar la recepción y liquidación provisional de las obras ejecutadas y que fueran de recibo. Y sólo en el caso de que las obras no se hubieran consumado en su plenitud y existiere un remanente pendiente de ejecución, la Administración deberá adjudicar un nuevo contrato en los términos expuestos con anterioridad, siendo posible servirse, para su adjudicación, del procedimiento negociado sin publicidad (Art. 141 de la L.C.A.P.), o incluso acordar, en su caso, la ejecución directa de las obras por la propia Administración (Art. 153).

En el marco de la vieja Ley de 1965, y apelando indirectamente la empresa a la confianza legítima, el Consejo de Estado aborda el problema en su Dictamen nº 1542/1998 de 16 de Julio de 1998, sobre el contrato obra Piscina Cubierta de SANTOÑA, explica que el presente expediente suscita esencialmente un supuesto de obras realizadas en ejecución de un contrato administrativo, que exceden las previstas en el proyecto del mismo y correlativamente las convenidas. Para mayor claridad se recuerda que dicho contrato administrativo está integrado por uno inicial y un reformado, los dos debidamente aprobados, concertados y formalizados. En la tramitación seguida, al tratar de poner remedio a la situación de exceso de obras, se ha hablado de convalidación de actos anulables, y más concretamente, de convalidación del gasto y un contrato adicional modificativo que ampare y recoja los excesos de obra llevados a cabo³³¹. La conexión evidente de los excesos de realización de obra con el

³³¹En ejecución del Plan Plurianual de instalaciones Deportivas 1989-1991, aprobado por el Consejo de Gobierno de Cantabria, se firma el 27 de Diciembre de 1987, el contrato de obra para la construcción de una piscina cubierta en Santoña, por un importe total de 112.082.250 ptas., siendo adjudicataria una empresa. En 6 de Noviembre de 1991, se firmó un contrato adicional por modificación del proyecto de la piscina por un importe de 22.122.746 ptas., que, aplicada la baja que se produjo en la adjudicación de la obra principal, cuyo coeficiente fue de 0,9998, supuso un gasto de 22.118.323 ptas. Dicho adicional se justificó en que las mejoras objeto del proyecto reformado surgieron en el desarrollo de la obra y fueron consideradas por la Dirección Regional y sus servicios técnicos como necesarias para su terminación. Las obras fueron recibidas provisionalmente el 27 de Abril de 1993, (entregadas al Ayuntamiento de Santoña, en documento firmado el 9 de Julio inmediatamente posterior, dedicadas al uso público para el que se hicieron desde aquellas fechas al menos) encontrándolas ejecutadas de acuerdo con el proyecto aprobado. En la liquidación provisional "se ha producido un aumento" de 12.990.804 ptas., (sobre el contrato inicial más el modificado). El Servicio de Contratación y Compras, al dar cuenta en 14 de Junio de 1993, del incremento, manifiesta que, según el informe del Servicio técnico, se debe a introducción de unidades de obra no recogidas en el proyecto, que debían haber sido objeto de aprobación y fiscalización previa, por lo que el Servicio primeramente citado considera procedente la convalidación del gasto en aplicación del Art. 53 de la L.P.A., La Interventora Delegada, en 5 de Agosto de 1993, expresa que, a su juicio, deberían tramitarse "dos expedientes de convalidación independientes, uno como liquidación provisional donde se recoja el exceso de medición del Proyecto Reformado, Art. 172, y otro como un Modificado por los excesos de obra, cuyo tratamiento regulan el R.G.C.E., en sus Arts. 146 y 155 y el P.C.G.A., en su capítulo IV, Sección 1ª, Cláusulas 59 a 61. Ambos expedientes deberán tramitarse "a convalidar". El 5 de Abril de 1995, el Arquitecto del Servicio de Patrimonio Cultural de la Consejería de Cultura, Educación, Juventud y Deporte emite Memoria Justificativa del aumento de partidas que dice se deben a cambios técnicos imprevistos y que viene motivado por ser obras que se debían ejecutar imprescindiblemente para

llevar a cabo la ejecución total del proyecto. Concreta los excesos de obra y su justificación, así como su repercusión económica e incremento o diferencia que supone en el precio de la obra, que da por bueno. En 30 de Diciembre de 1996, la contrata, recordando escritos anteriores de la misma de 25 de Enero y 27 de Febrero del mismo año, insiste, aparte del cobro de las certificaciones pendientes, en la recepción definitiva de la obra y devolución de los avales presentados, recordando que ya ha transcurrido el plazo de garantía. El Jefe de la Oficina Técnica, en 7 de Febrero de 1997, informa que "el proyecto modificado como el de liquidación cumplen los requisitos que marca el R.G.C.E.", no existiendo impedimento legal alguno para su tramitación y proceder a su liquidación. En 14 del mismo Febrero precisa que las obras han sido ejecutadas conforme a los proyectos modificados y liquidatorios correspondientes, no existiendo impedimento técnico alguno para que se proceda al pago de las certificaciones pertinentes, previa recepción definitiva, y a la devolución de las fianzas. En 5 de Marzo de 1997, el Director Regional de Deporte comunica que la instalación (la piscina cubierta de Santoña) viene prestando servicio adecuado a toda la zona de influencia de Santoña, y fue entregada por el entonces Consejero de Cultura, Educación, Juventud y Deporte, al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santoña en 9 de Julio de 1993, en documento firmado en tal fecha. El Secretario General Técnico de la Consejería de Cultura y Deporte en 31 de Marzo de 1997, entiende que, dado que se ha superado el plazo reglamentario y contractualmente establecido de un año desde la recepción provisional de la obra y el uso público a que se ha dedicado el inmueble a partir del 9 de Julio de 1993, fecha de su entrega, ha de considerarse tácitamente recibida de forma definitiva la obra, así como es procedente la devolución de las fianzas depositadas a efectos de la contratación. En 19 de Noviembre posterior, informando "sobre los problemas de forma y fondo suscitados en relación al modificado del contrato de obra de la piscina cubierta de Santoña", expresa que, con objeto de evitar un enriquecimiento injusto, se ha de proceder al abono del exceso de obra al que no ha precedido la tramitación previa y firma de un nuevo contrato adicional por modificación del proyecto, procedentes según los Arts. 48 y siguientes de la L.C.E., y 148 y siguientes del R.G.C.E. Por ello, y para la convalidación de las actuaciones, es necesario solicitar el dictamen del Consejo de Estado, según lo antes expuesto. Respecto a la conducta del contratista, la Asesoría Jurídica manifiesta que si bien le da derecho al cobro de la obra realizada en virtud de la teoría del enriquecimiento injusto, también debe asumir las consecuencias del grado de negligencia que supone la realización de un modificado careciendo del correspondiente documento administrativo, por lo que no existe impedimento jurídico para abonar al contratista sólo el coste de la obra excluyendo el beneficio económico. En 10 de Diciembre de 1997, el Consejero de Cultura y Deporte propone que a la empresa adjudicataria le sean abonadas las cantidades correspondiente a la obra realizada, por un importe total de 12.425.023 ptas., deducida la parte correspondiente al Beneficio Industrial, al haberse llevado a cabo la realización de un modificado sin la correspondiente y reglamentaria formalización. La contrata presenta escrito el 30 de Enero del año en curso, tras la notificación de la propuesta a fin de formular alegaciones, manifestando que las modificaciones introducidas después de la aprobación del adicional lo han sido por orden de la Dirección técnica de la Diputación Regional y con consentimiento/aprobación de la Inspección Oficial de la misma; es decir, por orden expresa de la Administración y como consecuencia directa del discurrir de la propia obra que obliga a tomar soluciones en problemas que surgen a medida que la misma avanza. No se ha ejecutado ningún trabajo que no haya sido ordenado y supervisado por los arquitectos elegidos y nombrados expresamente por la Diputación y el inspector técnico oficial al servicio del Organismo. Las propias certificaciones de obra contienen las deducciones en concepto de honorarios de la Dirección técnica y de la Inspección oficial de obra. Estima asimismo la contrata alegante que le corresponde el cobro del beneficio industrial pactado en el contrato de adjudicación inicial. Si la modificación no ha sido objeto de contrato independiente es porque los propios técnicos de la Administración y esta misma no lo han estimado necesario. La empresa no ha sido llamada a formalizar un nuevo contrato. Procede, por tanto, el pago inmediato de la obra y los intereses devengados desde la fecha de emisión de las certificaciones, de cuyo impago es únicamente culpable la Administración regional. Es grave -continúan las alegaciones- y está ocasionando múltiples perjuicios a la adjudicataria la falta de recepción definitiva de la obra, por desidia administrativa, pues está recibida provisionalmente desde el 28 de Abril de 1993, (se había producido la inauguración oficial con anterioridad y desde esa fecha la piscina se encuentra abierta al público). Terminan las alegaciones pidiendo el pago de la cantidad de 12.920.804 ptas., "más los intereses de demora y gastos desde la fecha de las certificaciones de liquidación y modificado, incluyendo el pago del beneficio industrial pactado", la inmediata recepción definitiva de la obra y la devolución también inmediata de los avales con el pago de los gastos de estos avales desde la fecha en que hubo de realizarse la recepción definitiva.

objeto del contrato debidamente formalizado, suscita lógicamente el encaje de lo ocurrido en un contrato adicional modificativo, según lo que prevén los Arts. 48 y 50 de la Ley de Contratos y 146, sucesivos y concordantes, del Reglamento de Contratación; siempre sin perjuicio de la irregularidad que supone proceder a ejecuciones de obra sin cobertura formal suficiente y adecuada, lo que debe evitarse. Sin embargo, reconducir lo ocurrido a la exigencia de un contrato modificativo o reformado, ni es indispensable ni deja de resultar en cierto sentido impropio, en cuanto no se trate de crear obligaciones nuevas, sino de atender a las que ya están nacidas y existentes como consecuencia de la situación creada en la marcha de las obras. Como ha recordado este Consejo de Estado en distintas ocasiones (véase dictamen núm. 1.025, de 21 de Julio de 1994), "la jurisprudencia ha venido aplicando el principio del enriquecimiento injusto (en este caso claro es de la Administración), para posibilitar el abono de los excesos sobre el Proyecto que hubiesen sido realizados de conformidad con la Dirección de Obra, resarcimiento por enriquecimiento sin causa que del derecho romano pasó al nuestro, a través de las Partidas, y que, aunque no fue reconocido por nuestro C. Civil por su supeditación al Napoleónico, ello no ha impedido la elaboración de una doctrina jurisprudencial constante y uniforme", invocada y aplicada a estos supuestos y no pocas veces reforzada por el principio de la buena fe, "pues no se puede concebir en un Estado de Derecho inspirado en la justicia, que unas obras efectuadas por el contratista por expresa indicación de la Dirección Facultativa, pudieran quedar sin la correspondiente compensación (Sentencia de la Sala 3ª de 12 de Marzo de 1991, y las que ella cita)". En el mismo sentido, la Sentencia de la propia Sala 3ª del T.S., de 28 de Mayo de 1996, dice que : "constituye Doctrina Jurisprudencial reiterada la relativa a que iría contra el principio de la buena fe contractual, del enriquecimiento injusto, de la equidad y seguridad jurídica, la no satisfacción por la Administración del importe económico de las obras o servicios que los particulares le realicen o presten con fundamento o amparo exclusivo en el carácter eminentemente formal de la contratación administrativa. Con relación a una posible modificación de los proyectos originales de obra, si bien es cierto que debe ajustarse al procedimiento establecido en los Arts. 48 y 50 de la LC.E., 150 de su Reglamento, también lo es, que defectos procedimentales, y en virtud de los principios expuestos, no pueden constituir obstáculo para el abono del importe de las obras realizadas, siempre que éstas fueran ordenadas o contratadas por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad". La Sentencia, igualmente de la Sala 3ª, de 4 de Marzo de 1997, abunda en la orientación expuesta y resalta el valor de las órdenes del Director de obra, representante en la obra de la Administración, con instrucciones de obligado cumplimiento para el contratista (Arts. 44 L.C.E., y 130 R.G.C.E.). La relación de la jurisprudencia existente finalizará con la Sentencia de 11 de Julio de 1997, también de la misma Sala, que llega a declarar irrelevante a efectos de decidir sobre el pago del "exceso de obra", que la cuantía del exceso supere el límite cuantitativo del 20 por 100. En definitiva, la Diputación Regional contratante debe pagar, sin acudir a otras complejidades formales, los excesos de obra. No se halla, por otra parte, apoyo para, a través de una supuesta responsabilidad del contratista, excluir del abono a realizarle el del beneficio industrial, cuyo pago, por el contrario, responde a la integridad del mismo a que tiene derecho la contrata por la realización de las obras³³².

³³²Respecto a los intereses legales de las cantidades adeudadas por "exceso de obra", el escrito de alegaciones los pide desde el 28 de mayo de 1994. No hay inconvenientes y sí apoyos legales para atender tal pretensión puesto que en el expediente obra un documento firmado en 24 de Mayo de 1993, por el

En conclusión, el Consejo de Estado entiende que procede abonar al contratista los excesos de obra, incluyendo el beneficio industrial, y también los intereses legales en los términos expuestos en el cuerpo de este dictamen, debiendo procederse asimismo a la recepción definitiva de las obras.

El Consejo de Estado vuelve sobre el tema en su Dictamen nº 828/2003, de 29 de Mayo de 2003, sobre solicitud de "indemnización por trabajos adicionales en la ejecución del contrato 30118/94. Cumplimiento de Sentencia, recurso contencioso-administrativo nº 345/01. Audiencia Nacional". El 5 de Julio de 1991, se adjudicó a una empresa el contrato de "Redacción del estudio informativo Autovía del Mediterráneo N-340 de Cádiz a Gibraltar y Barcelona; tramo: Nerja-Motril. Provincias de Málaga y Granada. Clave 30.118/94" por un precio de 45.021.984 ptas. El contrato se ejecutó conforme a lo convenido, expidiéndose diversas certificaciones por un importe de 45.016.984 ptas. Finalizada la redacción del proyecto, se levantó acta de recepción el 3 de Diciembre de 1993, en la que constaba que se habían desarrollado trabajos adicionales a los contemplados en el contrato (realizados con ocasión de su ejecución y que no estaban comprendidos en su objeto) por un importe inferior al 10% y que estaban recogidos en la liquidación. Dichos trabajos adicionales se habían realizado sin la previa y necesaria modificación del contrato. Al momento de liquidar técnicamente el contrato, se comprobó que los trabajos ejecutados ascendían a 47.668.072 ptas., y que el precio del contrato era de 45.016.984 ptas., de tal suerte que producía un adicional líquido de 2.651.088 ptas. Remitido el expediente a la Intervención Delegada del Ministerio de Obras Públicas, ésta informó reiteradamente que no procedía el pago de los excesos de liquidación, al considerar que los trabajos adicionales realizados, estaban comprendidos en la proposición que la empresa había formulado. El 18 de Julio de 2000, la adjudicataria presentó un escrito de reclamación, por importe de 4.993.000 ptas., más los intereses legales, por los trabajos adicionales realizados y que no le habían sido abonados. Dicha reclamación fue desestimada por la Dirección General de Carreteras el 20 de Septiembre de 2000. Contra dicha resolución, la empresa contratista interpuso recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Infraestructuras que lo desestimó por resolución de 13 de Julio de 2001. En ésta, conforme a lo expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes, se acordó inadmitir el recurso al considerar que la incidencia surgida entre la Administración y el contratista debía resolverse conforme al procedimiento específico regulado en el Art. 136 del R.G.C.E., declarándose, en todo caso, que el contratista tenía derecho a percibir el precio de los trabajos efectivamente realizados aunque no estuvieran contemplados en el contrato. La empresa interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 13 de Julio de 2001, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. La referida Sala dictó Sentencia de 12 de Julio de 2002, en la que

Director Regional de Juventud y Deporte y por los Arquitectos en el que aparece el saldo total de liquidación por "saldo de contrata obra no certificada" y "saldo de contrata exceso de medición", lo que convierte la pertinente obligación de pago en líquida. Todo ello, por otro lado, debe ponerse en conexión con el Art. 172.3 y 4 del R.G.C.E., y la jurisprudencia reiterada que excluye la exigencia de intimación previa, por constituir lo establecido en el Art. 172.4 del Reglamento de Contratación un "derecho" que surge *ex lege* al disponer el pago de los intereses de demora de la liquidación provisional desde los nueve meses siguientes a la recepción provisional hasta que se realice el pago. Naturalmente que se parte y arranca de la fecha inicial señalada en la petición formulada por la empresa interesada, sin desbordarla.

se desestimó el recurso, afirmándose que la controversia suscitada, debía resolverse conforme al procedimiento previsto en el Art. 136 del R.G.C.E., y que el contratista tenía derecho a percibir los trabajos realmente ejecutados. En cumplimiento de la Sentencia, se ha tramitado el procedimiento a que se refería el Art. 136 del R.G.C.E., en el que consta: a) Aprobación técnica del expediente de liquidación por importe de 2.651.088 ptas., de los que 2.646.088 ptas., corresponden a trabajos adicionales y 5.000 ptas., al importe pendiente de certificar por la empresa. b) Aceptación, de 11 de Diciembre de 2002, de la empresa adjudicataria del importe de 2.646.088 ptas., por los citados trabajos adicionales y de que las 5.000 ptas., restantes serían objeto de un procedimiento distinto, conforme a las previsiones reglamentarias aplicables³³³.

El Consejo de Estado explica que dicha reclamación, como bien declaró la resolución de 13 de Julio de 2001, de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, confirmando la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de Julio de 2002, reputando la incidencia surgida entre la Administración y el contratista, debiendo encauzarse a través del procedimiento específico previsto en el Art. 136 del R.G.C.E., aprobado por Decreto de 25 de Noviembre de 1975, y que resulta de aplicación al presente caso, por la fecha en que se adjudicó el contrato del que trae causa la controversia. Se han observado en el caso presente las formalidades prescritas en el referido Art. 136 del R.G.C.E.: esto es, propuesta del facultativo director de las obras, audiencia del contratista e informe de la Asesoría Jurídica. No obstante lo expresado, el Consejo de Estado considera que procede someter, en su caso, a la consideración del Consejo de Ministros la convalidación del gasto, por importe de 15.903,31 € (2.646.088 ptas.), y sin que se hubiere aprobado el correspondiente proyecto reformado. Y es que dicha convalidación del gasto hecho, requiere la decisión final del Consejo de Ministros, de conformidad con lo establecido en el Art. 32 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de Diciembre de 1995. La oportunidad y conveniencia de los trabajos efectuados, aun cuando no pueden ser valoradas por este Consejo al no existir datos en el expediente que permitan hacerlo, aparecen avaladas, bajo su exclusiva garantía técnica, por los servicios del Ministerio de Fomento, quien además los ha reconocido y recibido.

Consta, por último, que existen recursos financieros suficientes para afrontar el pago de la cantidad propuesta, según informe del Servicio Instructor. Así las cosas, es claro que resulta procedente abonar a la empresa contratista los trabajos ejecutados, pues, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración. Por ello, debe quedar a salvo el eventual derecho del contratista a que se le liquiden los trabajos ejecutados y recibidos, pues, como ha señalado la jurisprudencia, "incluso en la

³³³La Secretaría General de la Dirección General de Carreteras formuló propuesta de resolución en el sentido de que procedía abonar a la empresa contratista, en concepto de trabajos adicionales, la cantidad de 15.903,31 € (2.646.088 ptas.), ya que las 5.000 ptas., importe pendiente de certificar debían ser objeto de tramitación ordinaria. La Abogacía del Estado informó favorablemente la propuesta de resolución, si bien señaló que "cuando se liquiden los intereses que se deban por la cantidad indicada en la propuesta, deberán excluirse los correspondientes al periodo comprendido entre la notificación del recurso de alzada y la notificación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, debido a que esa demora es imputable al contratista, ya que en la resolución del recurso de alzada se indicaba expresamente que para el cobro de las cantidades que ahora se le reconocen, acudiera al procedimiento del Art. 136 R.G.C.E., y no al recurso contencioso-administrativo como hizo".

hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular en beneficio de la Administración no cuente con base paccionada por elemental que sea... lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes, es configurar esta situación como cuasicontrato de gestión de negocios ajenos *negotiorum gestio* en virtud de la cual la Administración debe compensar al "cuasi contratista" ... disponiendo éste de una actio in rem verso en el enriquecimiento sin causa..." (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1979, Ar. 3448)³³⁴.

Finalmente, también en el marco de la Ley de 1965, el Consejo de Estado aborda la cuestión (justificándola, por cierto, no en el enriquecimiento injusto) en su Dictamen nº 2335/2006, de 27 de Diciembre de 2006, sobre Expediente incoado con motivo de la reclamación de cantidad de obra ejecutada y no abonada de las obras "Mejora de la capacidad y seguridad vial. Tercer carril para vehículos lentos en la Autopista A-49, de Sevilla a Huelva. Punto kilométrico 0,000 al 3,300. Tramo: Camas-Castilleja de la Cuesta". Provincia de Sevilla.

El 14 de Mayo de 1992, se adjudicaron las obras de "Mejora de la capacidad y seguridad vial. Tercer carril para vehículos lentos en la Autopista A-49, de Sevilla a Huelva, p. k. 0,000 a 3,300, tramo: Camas- Castilleja de la Cuesta" a una empresa por un precio de 280.406.502 ptas., (1.685.277,018 €), y un plazo de ejecución de 18 meses. El acta de comprobación del replanteo se suscribió el 7 de Julio de 1992. El 8 de Julio de 1993, se aprobó el modificado número 1 que no comportó adicional alguno. Consta en el expediente que, desde 1995 al 2001, no se ha ejecutado trabajo alguno, si bien no obra acta formal de suspensión de las obras. El 16 de Julio de 1996, se autorizó la redacción del modificado número 2, que fue informado favorablemente por la Inspección General del Ministerio. No obstante no estar aprobado el modificado, algunas de las obras contempladas en éste fueron ejecutadas puesto que eran absolutamente imprescindibles para el mantenimiento de la seguridad vial en una vía de gran capacidad como era la A-49, con un tráfico superior a los 50.000 vehículos día; en concreto, las obras realizadas ascendían a 41.441.630 ptas., (249.069,213 €) y las pendientes de ejecución a 94.343.527 ptas., (567.016,017 €). El contratista prestó su conformidad a la modificación. El proyecto modificado fue informado favorablemente por el Consejo de Obras Públicas y la Abogacía del Estado. En el mismo sentido dictaminó también, el Consejo de Estado el 7 de Octubre de 1999, quien, además, señaló que procedía elevar al Consejo de Ministros para su convalidación el gasto por importe de 41.441.630 ptas., correspondiente a las obras ya ejecutadas. Remitido el expediente a la Intervención General de la Administración del Estado, hubo que retirarlo al no existir disponibilidades presupuestarias para afrontar su ejecución durante los ejercicios de 1999 y 2000. En Enero de 2001, se retuvo el crédito y se remitió el expediente a la citada Intervención General, que lo informó favorablemente en Abril de 2001. El 26 de Marzo de 2001, la empresa adjudicataria solicitó la resolución del contrato al amparo del Art. 52.3 de la L.C.E., al estar suspendidas las obras durante más

³³⁴Por último, el Consejo de Estado coincide con el parecer de la Abogacía del Estado en el sentido de que, al liquidarse los intereses, "deberán excluirse los correspondientes al periodo comprendido entre la notificación del recurso de alzada y la notificación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, debido a que esa demora es imputable al contratista, ya que en la resolución del recurso de alzada se indicaba expresamente que para el cobro de las cantidades que ahora se le reconocen, acudiera al procedimiento del Art. 136 R.G.C.E., y no al recurso contencioso-administrativo como hizo".

de un año. El Ingeniero Director de las obras y el Ingeniero Jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía informaron favorablemente la solicitud de resolución. La Subdirección General de Conservación formuló propuesta en el sentido de resolver el contrato, reconociendo el derecho del contratista a percibir las obras ejecutadas y el seis por ciento de las dejadas de realizar, en concepto de beneficio industrial. La propuesta añadía que el citado porcentaje debía aplicarse sobre el precio de adjudicación, ya que la modificación número 2, no estaba aprobada. El Consejo de Obras Públicas, la Abogacía del Estado y este Consejo de Estado en Dictamen 3581/2001, de 14 de Febrero, informaron favorablemente la propuesta de resolución. El Ministro de Fomento dictó resolución el 11 de Abril de 2002, acordando la resolución del contrato sin pérdida de la garantía constituida. Las obras fueron recibidas el 29 de Noviembre de 2002. Al acta de recepción se unía un anejo número 2, relativo a las obras que debían ser convalidadas por el Consejo de Ministros por no haberse ultimado administrativamente y que no estaban incluidas en la convalidación anterior³³⁵.

Ha quedado acreditado en el expediente que el contratista ejecutó obras incluyendo algunas que no estaban previstas en el proyecto inicial y sí en un proyecto modificado que no llegó a aprobarse. La ejecución de estos trabajos se hizo por orden de la Administración ante la necesidad de mantener la seguridad vial y el nivel de servicio en un tramo de autopista con un tráfico normalmente superior a los 50.000 vehículos, según los informes obrantes en el expediente. El contratista tiene derecho a que se le abonen las cantidades correspondientes a la obra realmente ejecutada. Parte del importe de dichos trabajos ya se abonó en virtud de la resolución del Ministro de Fomento de 11 de Abril de 2002, por la que se acordó recibir y liquidar el contrato, previa convalidación del gasto por parte del Consejo de Ministros, de tal suerte que procede abonarle ahora lo que resta de pagarle.

³³⁵Por resolución de la Dirección General de Carreteras de 18 de Noviembre de 2003, se aprobó económicamente la liquidación de las obras ejecutadas conforme al proyecto vigente y las hechas por razones de urgencia, previa convalidación del gasto por el Consejo de Ministros. El 11 de Marzo de 2005, el contratista formuló reclamación en solicitud de abono de 218.649,30 € por la diferencia entre el importe abonado el 16 de Junio de 2003, y la valoración de la obra realmente ejecutada, acreditada en el Anejo II del acta de recepción, más el montante del interés de demora que correspondiera hasta la fecha de su cobro. Reclamaba la cantidad indicada en concepto de obra pendiente de abono, a las que sumaba otras cantidades en concepto de revisión de precios y de actualización del I.V.A., de las obras convalidadas y no convalidadas. El Ingeniero Director de las obras informó que el importe de la obra pendiente de pago era de 182.213,47 €, I.V.A., incluido al 13%, sin considerar las reclamaciones por revisiones de precios e I.V.A. En un informe complementario, cuantificaba el importe de la revisión de precios y del incremento del I.V.A., en 24.985,83 € el primer concepto y en 11.449,99 €, el segundo. Además, reconocía la procedencia de abonar las cantidades citadas al contratista. En el trámite de audiencia, la contratista reiteró su reclamación y mostró su conformidad con las cantidades fijadas por la dirección de obra. El Jefe del Área de Contratación de la Dirección General de Carreteras formuló el 18 de Julio de 2006, propuesta de resolución en el sentido de estimar la reclamación de la empresa contratista, sin fijar cantidad. El Consejo de Obras Públicas informó favorablemente la reclamación, considerando que la paralización de los trabajos había sido imputable a la Administración; que los trabajos de las obras de urgencia se habían realizado; y que la valoración de éstas era adecuada, al igual que las cuantías reclamadas por los otros conceptos. Además, consideraba que se habían aplicado correctamente los coeficientes de revisión y descuento adecuadamente el 20% de las cantidades que quedaban excluidas de su ámbito. Por todo ello, considera que procedía indemnizar a la empresa con la cantidad de 218.649,30 €.

El Consejo de Estado considera que el importe de lo ahora reclamado debería haberse incluido en la liquidación del contrato, que debiera haber tenido carácter completo. No obstante, no existen obstáculos para que se abone ahora al contratista a título de responsabilidad contractual, con fundamento en el Art. 1101 del C. Civil, las cantidades reclamadas, puesto que se trata de daños derivados del incumplimiento por parte de la Administración de una de las obligaciones que le incumbían en virtud del contrato, como era la de tramitar un expediente de modificación antes de consentir la ejecución de obras distintas a las inicialmente proyectadas. La actuación administrativa ha producido un perjuicio económico al contratista, que no ha percibido el importe de tales obras, de tal manera que procede abonárselo.

Respecto al montante de la indemnización, el Consejo de Estado considera adecuada la propuesta por el Servicio instructor, que está bajo la garantía de los órganos técnicos pre informantes y que ha sido conformada por el Consejo de Obras Públicas.

Ya en el marco del Texto Refundido de 2000³³⁶, el Consejo de Estado analiza el problema en su Dictamen nº 928/2008, de 17 de Julio de 2008, sobre reclamación daños

³³⁶ Desde el plano doctrinal BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit, explica lo siguiente: “Las modificaciones son obligatorias para el contratista y pueden consistir en: A) Ampliación o disminución de las unidades de obra contratadas o B) Introducción de unidades que no están en el proyecto (Art. 146 L.C.A.P). El Art. 160 del Reglamento permite incrementar las unidades de obra hasta un 10% sin necesidad de tramitaciones adicionales. Si se introducen nuevas unidades de obra el director las propondrá a la Administración que fijará los precios y los comunicará por tres días al contratista para que los acepte o los rechace. Si los rechaza se puede contratar a otro empresario. Si el director de la obra considera que las nuevas unidades de obra tienen suficiente entidad, redactará una modificación del proyecto -modificado- que seguirá los siguientes trámites: El director pide autorización a la Administración para iniciar el expediente. Redacta y presenta el modificado. La Administración lo comunica al contratista para alegaciones. Se aprueba. Hasta que no se apruebe el contratista no puede realizar las obras del modificado. Normalmente la tramitación del modificado y la fijación de precios se tramitan juntos. Excepcionalmente la Administración puede autorizar, por razones de urgencia, que se ejecuten los trabajos de un modificado mientras éste se tramita. ¿Qué pasa si hacemos una obra sin esperar a que se tramite el modificado? Ya sabéis, que a veces suele aparecer a media obra el político de turno pidiendo un cambio que no está en el presupuesto. El Director de obra nos dice que hagamos la modificación que el ya tramitará el expediente del modificado. Nosotros, que queremos hacer bien nuestro trabajo, hacemos el modificado y luego la Administración no lo aprueba por cualquier motivo. Naturalmente no os quiere pagar el modificado y nadie quiere hacerse responsable de nada. Para evitar eso, nuestro consejo es que le digáis al director y a la Administración que tramiten el expediente y que no empecéis el modificado hasta que no os aprueben el proyecto. Pero si, por lo que sea, empezáis el modificado sabed que esto ya ha pasado muchas veces. La jurisprudencia ha dicho que la Administración tiene que pagar siempre que podáis demostrar que la obra adicional no la hicisteis por vuestra cuenta. No sirve que el director de la obra os la ordenase, incluso por escrito, tenéis que demostrar que fue alguien de la Administración. Así que tenéis que afinar bien en las visitas de obras y cuando os den instrucciones de hacer modificados que lo hagan firmando el acta de visita de obra junto con el director. Esto os salvará de muchos problemas porque nadie se podrá olvidar de lo que dijo. Como ejemplo tenemos la Sentencia T.S. 28/01/2000: El principio general de derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa es, en efecto, aplicable a los contratos administrativos, como corrección al postulado de su inalterabilidad. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en que ha considerado pertinente su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obras que habían de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad; en el supuesto en que había sido prevista entre las partes contratantes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto; o cuando ha habido órdenes de la Administración; aunque tengan vicios de forma (S.T.S., 27/02/1984). Por lo tanto, si la Administración ordenó obra que no estaba en el

y perjuicios por incidencias acaecidas en la ejecución de la obra 33-OR-3640. El 14 de Octubre de 2003, se adjudicaron las obras de "Construcción de enlaces y vías de servicio CN-525. Tramo: San Cibrao das Viñas" por un precio de 4.763.744,13 €.

Prevía autorización administrativa, dicho contrato fue cedido el 21 de Diciembre de 2004, a una empresa. Como consecuencia de la ejecución de la obra, hubo que habilitar un paso para vehículos que salían de las naves industriales hacia la CN-525, mediante la reposición de uno de los viales del polígono Barreiros, que fue ejecutado. La Demarcación de Carreteras del Estado en Galicia redactó el correspondiente expediente de servicios afectados, por importe de 149.113,91 €, realizándose los trabajos. Las obras fueron recibidas el 10 de Octubre de 2006, y liquidadas, salvando el contratista su derecho a percibir el importe de los trabajos realizados y no abonados. La Dirección General de Carreteras tramitó el expediente de servicios afectados y lo remitió con la correspondiente propuesta de gasto a la Intervención Delegada, que lo informó desfavorablemente al considerar que se invocaba una regulación improcedente y que no eran "servicios afectados". Este expediente instruido por la Dirección General de Carreteras bajo el número 45.13/06 se extravió según la propuesta de resolución. El 11 de Abril de 2007, conforme a las instrucciones de la Demarcación de Carreteras, la empresa presentó un escrito en el que, al amparo del Art. 139 de la Ley 30/1992, solicitaba el abono de los trabajos ejecutados, siendo informado por la Secretaría General Técnica el 10 de Septiembre de 2007, en el sentido de que no era posible encauzar la solicitud por dicha vía y que procedía archivarlo. El 21 de Noviembre de 2007, presentó ante la Dirección General de Carreteras solicitud de abono de los trabajos ejecutados al amparo del Art. 97 del R.G.C.E., por importe de 149.113,91 €.

La Dirección General de Carreteras ha formulado propuesta de resolución en sentido favorable, toda vez que se trata de obras ejecutadas por la reclamante siguiendo las órdenes de la Dirección de obra. La Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento informó que procedía abonar a la contratista la cantidad reclamada, 149.113,91 €, al corresponder a trabajos efectivamente ejecutados. El Consejo de Obras Públicas informó favorablemente la propuesta de resolución.

Por tanto, la reclamación sometida a consulta está referida a la pretensión del titular del contrato de "Construcción de enlaces y vías de servicio CN-525. Tramo: San Cibrao

presupuesto y no tramitó el modificado, tiene que pagar. ¿Cómo debemos facturar una obra ejecutada sin esperar al modificado? Damos por sentado que los incrementos de unidades de obra han superado el 10% que fija el Art. 160 del Reglamento y que por tanto hay necesidad objetiva de tramitar un modificado. Nosotros ya hemos acabado las unidades de obra adicionales. En este caso tenemos varios problemas: No se ha tramitado el modificado. No se han fijado precios contradictorios. Entonces, ¿a qué precio facturamos? Si la Administración hubiese aprobado los precios del modificado hubiéramos podido aceptarlos o rechazarlos. O sea, que si no nos interesaba el precio podríamos haber dejado que la obra excedida la hiciese otro. Pero la hicimos sin precios previos, por lo que el aplicable será el de mercado en el momento de la ejecución. Para evitar discusiones recomiendo utilizar una base de precios objetiva, como por ejemplo la del ITEC. Alguien nos podría preguntar: Y ¿por qué nuevos precios y no los del contrato? La respuesta la tenemos en el Art. 146 L.C.A.P., que nos dice que cuando las características de las modificaciones difieran sustancialmente de las del proyecto, deberá tramitarse un modificado con precios nuevos. Esto significa que si hay cambio sustancial (y se entiende como tal superar el 10% en una determinada partida) se tiene que ir a precios nuevos, no siendo aplicables los del contrato”.

das Viñas", de que se le abone la cantidad de 149.113,91 €, diferencia entre el precio del contrato en su día suscrito y las labores ejecutadas y recibidas por la Administración.

Una vez orillada la tramitación de la reclamación por las vías de los "servicios afectados" y la responsabilidad patrimonial -lo que era incorrecto como señaló la Intervención Delegada y la Secretaría General Técnica-, al haberse presentado la reclamación como una incidencia de la obra, podía haber sido resuelta por el órgano de contratación en base al Art. 97 del R.G.C.E., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, con la previa convalidación del gasto por parte del Consejo de Ministros conforme al Art. 32 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de Diciembre, y sin necesidad del informe del Consejo de Obras Públicas y del dictamen del Consejo de Estado, incluso tratándose de trabajos no amparados por el contrato. Y es que, conforme al último párrafo de la cláusula 62 del pliego de cláusulas administrativas generales, las modificaciones carentes de cobertura jurídica eran abonables, sin necesidad de convalidación por el Consejo de Ministros, si no representaban un incremento del gasto superior al diez por ciento del precio del contrato y siempre que no se hubiera procedido a su liquidación. Dichos requisitos concurrían en el presente caso. No obstante, al haberse seguido el procedimiento prevenido para las reclamaciones contractuales, procede continuarlo y resolverlo en aras del principio de economía de procedimiento.

Explica el Consejo de Estado que ha quedado acreditado en el expediente que la empresa adjudicataria de los trabajos realizó algunos que no estaban previstos en el objeto del contrato por encargo de la Administración. Dichas labores han sido recibidas de conformidad. En ese actuar administrativo, no puede dejar de señalarse que se produjo una irregularidad ya que, conforme a las previsiones de la cláusula 62 del P.C.G.A. para la contratación de obras del Estado, de aplicación al contrato a que se refiere el expediente, tanto por la fecha de su adjudicación, como por no existir previsión específica en el P.C.A.P., es principio general que ni el contratista ni el director de las obras podían introducir o ejecutar modificaciones en el objeto del contrato sin su debida aprobación, salvo que se tratara de modificaciones, producidas para una correcta ejecución de los trabajos y consistentes en una variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas. Así las cosas, habida cuenta de que la empresa adjudicataria ejecutó determinadas labores no incluidas en el objeto del contrato, que éstas han sido recibidas por la Administración y que están pendientes de pago, es obligado concluir que procede su abono, en cuantía de 149.113,91 €. Y es que, si no se hiciera así, se produciría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, puesto que, como ha señalado este Consejo y la jurisprudencia, el contratista tiene derecho a que se le abonen los trabajos ejecutados y recibidos *facta concludentia* o destinados al uso público, "incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular en beneficio de la Administración no cuente con una base paccionada por elemental que sea (...); ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes es preciso configurar esta situación como cuasi contrato de gestión de negocios ajenos *negotiorum gestio* en virtud de la cual la Administración debe compensar al "cuasi contratista"... disponiendo éste de una actio in rem verso fundada en el enriquecimiento sin causa..." (S.T.S., de 11 de Octubre de 1979, Ar. 3448).

Muy interesante en relación con la figura del reformado anticipado es el Dictamen del Consejo de Estado nº 828/2003, de 29 de Mayo de 2003. Señala respecto al fondo del asunto, que se trata de abonar unos trabajos adicionales, no contemplados en el proyecto inicial, y que fueron ejecutados por la empresa adjudicataria. El Consejo de Estado debe señalar en primer término la irregularidad que comporta la ejecución de trabajos, sin haberse aprobado el oportuno proyecto reformado y, por tanto, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. Dicha actuación comporta una infracción de lo prevenido en la legislación de contratos del Estado que, de forma tajante, establece que ni la Administración, ni el contratista, ni ambos de consuno, pueden introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto de contrato sin la debida aprobación. Ello aunque, los trabajos adicionales ejecutados se pretendan basar en una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público. Lo pertinente, pues, hubiere sido aprobar la correspondiente modificación contractual. Y ello, por cuanto el procedimiento de aprobación de un proyecto modificado tiene por objeto valorar la pertinencia legal y la oportunidad de las variaciones a introducir en los trabajos inicialmente adjudicados en atención al interés público, a la disciplina presupuestaria y a las reglas rectoras de la contratación pública; en especial, a los principios de publicidad y concurrencia que aseguran los derechos de eventuales licitadores y de la propia Administración.

Se formaliza la presente reclamación por parte de la adjudicataria de las obras al haber debido realizar trabajos adicionales en el curso del contrato, no previstos en el proyecto y necesarios para la buena ejecución de la obra, tanto para evitar daños a terceros (edificios colindantes), como a la propia infraestructura ferroviaria objeto de la obra³³⁷. En el presente caso, concurren las circunstancias determinantes de la

³³⁷Dictamen del Consejo de Estado de 27 de Octubre de 2011. Número de expediente: 1393/2011 (FOMENTO). Referencia: 1393/2011. Asunto: Reclamación formulada por , por las actuaciones ejecutadas para evitar las afecciones de la construcción de los pasos inferiores a los edificios e infraestructuras colindantes de la obra supresión de pasos a nivel en la línea Alicante-Alquerías situados en los puntos kilométricos 58/047 y 58/646 en Beniel (Murcia). Se solicita indemnización por enriquecimiento injusto. Se funda la reclamación en que se han ejecutado trabajos adicionales que han beneficiado a la Administración en el curso de la ejecución de la obra de supresión de pasos a nivel de la línea Alicante- Alquerías, entre los p. k. 58,047 y 58,646, en Beniel (Murcia). Dichos trabajos adicionales se debieron a la necesidad de evitar que la ejecución de la obra afectase a los edificios colindantes en razón de la alteración de los acuíferos subterráneos durante las excavaciones, para eliminar los fenómenos de "subsistencia" que pudieran dañarlos. El contrato para ejecución de dicha obra fue adjudicado a la empresa reclamante el 14 de Diciembre de 2005. Con fecha 3 de Octubre de 2007, se aprobó un proyecto modificado número 1 por importe de 582.431,62 € (18,49% de incremento del presupuesto de adjudicación), y aumento del plazo de ejecución en tres meses. En su informe, la Dirección General de Infraestructuras Ferroviarias considera que debe estimarse en parte la reclamación. Considera que en concreto la contrata hubo de proceder a la disposición de pozos de recarga y bombeo del nivel freático. La valoración a que llega es la de 362.086,03 €. Remitido el expediente para dictamen del Consejo de Obras Públicas, se considera en este que es correcta la evaluación realizada del importe de los trabajos adicionales ejecutados en 362.086,03 €. En el mismo se pone de relieve que por deficiencias del proyecto y del modificado no se advirtió que al rebajarse el nivel freático pudieran ocasionarse asientos importantes del terreno que afectarían a varios edificios colindantes y a la propia infraestructura ferroviaria reduciendo su tiempo de servicio; se añade que, para solucionarlo, la contratista, de acuerdo con la dirección de obras, procedió a realizar trabajos adicionales. Se concluye que "se ha procedido a una modificación irregular del contrato al constatarse la existencia de un riesgo real de subsistencia del terreno durante la ejecución de las obras" adoptándose un método constructivo "diferente del previsto en el proyecto" para evitar daños a las edificaciones colindantes y a la propia infraestructura de la vía. Por ello

procedencia de la indemnización. En efecto, se han realizado trabajos adicionales a los contemplados en el proyecto de la obra, que si bien no han sido consecuencia directa de una orden de la dirección de obra, sí se han llevado a cabo con el pleno conocimiento y consentimiento de la misma, y bajo su supervisión. Así pues, la contrata ha ejecutado unas prestaciones adicionales que benefician al propietario de la obra, la Administración General del Estado, y es de aplicación al respecto la doctrina de prohibición de enriquecimiento injusto, acogida jurisprudencialmente (entre otras, S.T.S., de 20 de Diciembre de 1983, 24 de Mayo de 2004 ó 28 de Marzo de 2005), y de modo reiterado, en casos similares, por la doctrina del Consejo de Estado.

Como se pone de relieve en el dictamen del Consejo de Obras Públicas, la contrata ha procedido de buena fe, bajo la supervisión de la dirección de obra en todo momento, y los trabajos realizados adicionalmente han obedecido a insuficiencias del proyecto, y a la realidad del terreno en que se ejecutaban las obras, siendo necesario su actuación, para evitar daños a terceros y a la propia obra, beneficiado a la Administración. Se dan, por tanto, todos los requisitos para la indemnización conforme a este principio, y procede indemnizar a la contratante en la cantidad reflejada en la propuesta de resolución, cifra que no es contradicha por la contrata, aquietándose a la misma. Dado el tiempo transcurrido desde la terminación de aquellos trabajos, habrá de actualizarse dicha cifra a la fecha en que se dicte la correspondiente resolución. Que procede estimar la presente 362.086,03 €, debidamente actualizados.

Finalmente, hay que hacer referencia a un Dictamen del Consejo de Estado de Octubre de 2011³³⁸. Las obras denominadas "Proyecto de Embalse de Montearagón" para abastecimiento y regadíos, consistían en la construcción de una presa sobre el río Flumen, de fábrica de hormigón compactado con rodillo, de gravedad de planta recta, y dotada de sus órganos de desagüe, galerías de inspección, desvíos del río, tomas, conducción de agua a Huesca para 400 l/s y otras obras anejas y accesorias. Iniciadas las obras, se plantearon dudas sobre la idoneidad del tipo de presa adoptado para la clase del terreno existente y se apuntó, asimismo, la necesidad de modificar las características de algunas obras secundarias, como los caminos de acceso, las conducciones, las oficinas, etc.

Explica el Consejo de Estado en cuanto al fondo de la cuestión planteada, que la consulta se centra en determinar si procede acceder o no a la pretensión de resarcimiento deducida por el contratista por los daños sufridos en la ejecución del contrato de referencia. La reclamación plantea dos partidas sustancialmente diferenciadas: el sobre coste derivado del cambio de procedencia de los áridos y el sobre coste de la piedra para la escollera³³⁹. En ambos casos, el Consejo de Estado

se considera que debe indemnizarse el importe de los trabajos adicionales realizados. En tal estado, se solicita consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

³³⁸ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 6 de Octubre de 2011. Número de expediente: 1409/2011 (MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO). Referencia: 1409/2011. Asunto: Reclamación administrativa de indemnización por sobrecostos incurridos en las obras del embalse de Monte Aragón, términos municipales de Huesca y Lorzano (Huesca).

³³⁹ Por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de Julio de 1994, se había declarado la urgencia de la expropiación forzosa de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras. El 17 de Octubre de 1996, el Director de las obras había solicitado que se completara la zona expropiada en la margen izquierda,

manifiesta su conformidad con el informe del Director de las obras, el dictamen del Consejo de Obras Públicas y el informe de la Abogacía del Estado. Así, y respecto del sobrecoste de la extracción de áridos, la ejecución de la obra se inició el 28 de Enero de 1995, sin que la expropiación de las fincas colindantes para la extracción de áridos estuviera completada y sin oposición del contratista. Con posterioridad y tras la suspensión para tramitar y aprobar la modificación contractual, el contratista solicitó el 8 de Noviembre de 1999, la expropiación de los terrenos previstos para la extracción de áridos. No obstante, el 26 de Junio de 2000, el propio contratista presentó un plan de obra indicando que estaba estudiando la explotación de otra cantera de caliza existente en el término municipal de Barluenga, añadiendo que en el plazo máximo de dos meses se indicaría si dicha explotación es viable y, en caso contrario, las zonas necesarias para obtención de áridos en los terrenos junto a la presa. De esta forma, la búsqueda de la nueva cantera se efectuó, exclusivamente, por pura conveniencia del contratista, sin orden expresa de la Administración y sin mediar modificación contractual, por tanto, a su riesgo y ventura. Como han señalado los órganos pre informantes, la probable causa que motivó al contratista el cambio de cantera fue la dificultad de extracción (y consiguiente mayor onerosidad) de los terrenos inicialmente previstos frente a la nueva cantera abierta y escogida por el contratista. Resulta plenamente aplicable aquí el principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato que comporta la asunción por

correspondiente a las graveras, y señalado que en la zona ya expropiada se contaría con unos 180.000 m³ posibles de áridos, aproximadamente 1/3 del necesario. El 26 de Junio de 2000, el contratista había incluido, en un plan de obra que estaba estudiando, la explotación de una nueva cantera de áridos en el término municipal de Barluenga así como la necesidad de proceder al acondicionamiento de determinados viales para el transporte de áridos, como alternativa a las previstas en el proyecto y cuya íntegra expropiación aun no había culminado. El 18 de Octubre de 2000, el Director de las obras había reiterado la petición, ya formulada el 17 de Octubre de 1996, de que se completaran las expropiaciones pendientes. El 19 de Enero de 2001, el contratista había entregado al Director de las obras una revisión del programa de obra, en la que figuraban las actuaciones para la extracción de áridos y su transporte desde la nueva cantera propuesta. En Enero de 2002, el contratista había entregado a aquel un informe, denominado "situación económica actual", en la que había valorado los sobrecostes en la extracción de áridos en 2.845.196.365 ptas., sin I.V.A. El 7 de Marzo de 2002, el Director de obras había redactado un informe sobre el anterior documento del contratista. Precisaba que el contratista se refería a la situación económica de la obra desde el punto de vista de sus costes y no desde el contractual y que, por tanto, era un asunto interno del adjudicatario. Añadía que existían estudios desde los primeros proyectos que permitían concluir que en las graveras de las terrazas superiores lindantes al embalse había cantidad suficiente de áridos y con calidad adecuada para fabricar hormigones. Añadía que el contratista había decidido hacer unas pruebas con áridos de otra procedencia, pero con la particularidad que la capa de conglomerado superior era mucho más reducida en superficie y en espesor (inexistente en algunas zonas) frente a la de los terrenos colindantes con la presa, por lo que su extracción era más fácil. Y proseguía señalando que "sin embargo, el contratista en el año 2000, opta por una cantera caliza situada a 8,5 km, no estudiada hasta entonces como procedencia de los áridos. Tras los datos de los ensayos que aporta se acepta por la Administración, sin que en ningún momento haga comentario alguno sobre los costes asociados, que se supone serán menores que los previsibles en la explotación de las gravas (colindantes) de terraza. Ahora, se computan como sobrecostes la práctica totalidad de los costes de explotación de la cantera (nueva), sin deducir los que la explotación de las graveras (colindantes) le habría ocasionado". El 5 de Julio de 2002, el contratista había dirigido un escrito al Director de obra señalando que correspondía a la Administración la expropiación de los terrenos de las terrazas de las que se preveía, según el proyecto, extraer los áridos. Dicho incumplimiento de la Administración implicaba la falta de disponibilidad de los terrenos para la extracción de áridos, lo que por sí solo justificaría la suspensión de la obra. No obstante, había buscado otra alternativa, que implica un gran coste adicional, cuya compensación solicitaba. El 1 de Julio de 2002, la Dirección de obra había contestado desestimando el sobrecoste reclamado, puesto que la apertura de una cantera alternativa coste cero o no".

el contratista de las consecuencias derivadas de la ejecución del contrato en los términos pactados con la Administración. Como ha reiterado este Consejo de Estado en otros asuntos, todo contrato establece una relación jurídica entre las partes que es, como regla general, inalterable y obligatoria (Arts. 1.254, 1.256 y 1.258 del C. Civil). Por ello, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de la prestación contratada se hace a riesgo y ventura del contratista, lo que comporta que este se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial. Por su parte, la Administración permanece ajena a la suerte o desventura del contratista, si bien garantiza la indemnización de las prestaciones económicas de este mediante la técnica de la revisión de precios. En consecuencia, nada hay que compensar respecto de esta primera partida³⁴⁰.

6.2. Otros informes.

La J.C.C.A., en su Informe 44/1979, de 31 de Octubre de 1979, apunta que es un principio general del Derecho, de perfecta aplicación a los contratos administrativos, que la indemnización ha de fijarse en atención a los daños que efectivamente hayan sido causados y probados. La determinación del importe de la indemnización ha de realizarse de forma analítica, solicitando de la empresa adjudicataria prueba suficiente de cada uno de los extremos sobre los que la petición de indemnización verse, y contemplando la posible compensación de tales daños como consecuencia de la aprobación de la modificación del proyecto, que ha de suponer a la empresa un volumen de obra y, presumiblemente, un beneficio muy superior al derivado del contrato celebrado.

También hay que considerar un Informe de la J.C.C.A., de 2001³⁴¹. Por el Presidente de la Diputación de Ciudad Real se remiten a la J.C.C.A., dos expedientes titulados "Modificación del contrato de obras de edificio de usos múltiples en Malagón" y "Expediente de liquidación de las obras de ensanche y refuerzo del firme de la CR-P-7222, tramo Casas del Río-Las Tiñosillas CR-P7221 (p.k. 7,000 al 13,200) y nuevo puente sobre el Río Bullaque". En la tramitación del expediente se han suscitado dudas al Órgano de Contratación en torno a la adecuación a Derecho de aprobar esta modificación contractual, y proceder en consecuencia al abono de la cantidad correspondiente a la empresa adjudicataria, en la medida en que no se recabó del Órgano de Contratación autorización previa para iniciar la tramitación de dicho expediente de modificación de contrato. La falta de autorización previa para tramitar el modificado, es el origen de la consulta que se formula desde esta Presidencia de mi cargo, en cumplimiento de lo acordado por el Órgano de contratación y a través de los cauces marcados en el RD. 30/1991, del 18 de Enero; sometiendo a la J.C.C.A., si existiera nulidad de pleno derecho del acuerdo que aprobase ese expediente de modificación contractual, o si bien el acto de aprobación revestiría efectos

³⁴⁰En cuanto a la segunda partida de la reclamación, en este caso sí existe una orden expresa del Director de las obras de cambiar el tamaño mínimo de los bloques de piedra frente al establecido en el proyecto, por lo que resulta procedente la indemnización del sobre coste de la piedra de la escollera, debiéndose abonar en consecuencia al contratista la cantidad de 127.598,80 €, I.V.A., incluido, según los criterios utilizados por el Consejo de Obras Públicas.

³⁴¹Ver Informe 57/00, de 5 de Marzo de 2001, "Contratos de obras. Actuaciones que implican la nulidad de pleno derecho de ciertas modificaciones en los contratos por prescindir del procedimiento establecido".

convalidantes." En el escrito de remisión del segundo expediente se consigna lo siguiente: "En la liquidación de este contrato de ejecución de obra pública se han suscitado dudas al Órgano de Contratación en torno a la posibilidad de aprobar el expediente y proceder al pago del saldo resultante, en la medida que el exceso de obra no proyectado no ha sido examinado por el Órgano de Contratación previa tramitación del preceptivo expediente, máxime cuando supera el margen del 10% que la cláusula 62 del Pliego de cláusulas generales para la contratación de obras del Estado concede a la dirección técnica de las obras.

Ambos expedientes son remitidos a la J.C.C.A., en virtud de sendos acuerdos del Pleno de la Diputación Provincial de 29 de Septiembre de 2000, en el sentido de que se someterá a la J.C.C.A., la adecuación a derecho de aprobar esta modificación contractual y proceder en consecuencia al abono de la cantidad correspondiente a la empresa adjudicataria del contrato", refiriéndose el acuerdo correspondiente al segundo expediente a la adecuación a derecho "de aprobar este expediente de liquidación" en lugar de la de "aprobar esta modificación contractual".

De la numerosa documentación remitida, la mayor parte de la cual carece de relevancia para la cuestión suscitada interesa destacar, a efectos del presente informe los siguientes documentos: a) En el primer expediente un informe, fechado el 7 de Agosto de 2000, firmado por el Jefe de Contratación y Obras en el que figura un conforme con firma ilegible y dirigido al Presidente de la Diputación Provincial, en el que se hace constar que "solo la Administración contratante puede autorizar la modificación del contrato (párrafo 11 de la cláusula 62 del Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, Art. 146.2, 3 y 4 de la L.C.E.)" y que "la dirección facultativa debería recabar autorización previa a la ejecución de las obras", añadiendo, como conclusión final, que "considerando que la presente obra fue adjudicada por el Pleno de esta Diputación, se remite al mismo el presente expediente, como órgano de contratación, para que analice la procedencia de adjudicar la modificación Y en el caso de proceder a dicha aprobación, correspondería, asimismo, adjudicar la ejecución de esta modificación al contratista inicial". b) En el segundo expediente informe sin fecha firmado por la Secretaría General de la Diputación, dirigida al Presidente de la misma en el que se consigna que en el expediente de liquidación figuran precios nuevos o contradictorios que de la documentación obrante en esta Secretaría se desprende que no han sido tramitados ni aprobados por la Diputación Provincial en la forma que recoge en el Art. 146.2 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y disposición transitoria tercera del Real Decreto 390/1996, de 1 de Marzo". Por ello en la conclusión final aunque se propone la aprobación técnica y económica de la liquidación de la obra específica en el asunto" se añade que "se recomienda que se dicten instrucciones al Departamento de Vía y Obras e Infraestructuras de la Diputación para que en la tramitación de los proyectos, certificaciones de obras, precios nuevos o contradictorios, reformados o modificados de los contratos, se tenga en cuenta el ordenamiento jurídico sobre contratos de las Administraciones Públicas, así como a todos los Servicios de la Diputación Provincial que intervienen en los procesos de contratación de obras, un mayor rigor en la observancia de dicha Ley.

La anterior conclusión permitiría finalizar el presente informe. No obstante, dado que es la Secretaría General, a quien corresponde el asesoramiento jurídico de la Diputación

Provincial, la que propugna se solicite el informe de esta Junta sobre el extremo concreto de la adecuación a Derecho de las modificaciones tramitadas, en realidad no tramitadas, procede realizar una breve consideración sobre este extremo. La regulación de la invalidez de los contratos aparece incorporada al Capítulo IV del Título III del Libro I (Arts. 61 a 69) de la L.C.A.P., Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, de cuyos preceptos (Art. 62.a) y 65.2, el primero en relación con el 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) se deduce con toda evidencia que las modificaciones de un contrato acordadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido son nulas de pleno derecho y como tal no convalidables de conformidad con el Art. 67 de la propia Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Con la conclusión sentada no se prejuzga, por no ser competencia de esta Junta y carecer de elementos de juicio suficientes, ni los derechos de las empresas que, al parecer, han ejecutado los modificados, ni la responsabilidad que puede alcanzar a determinados órganos, incluso el de contratación, de la Diputación Provincial de Ciudad Real. Por lo expuesto la J.C.C.A., entiende, con independencia de lo razonado sobre el alcance de sus informes, que la falta de tramitación de las modificaciones de los contratos de conformidad con las normas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas supone prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido, determinando la nulidad de pleno derecho de las citadas modificaciones.

6.3. La cuestión del enriquecimiento injusto en la jurisprudencia.

6.3.1. Introducción.

Como hemos visto la Administración debe seguir un procedimiento. Ocurre en la práctica que en muchas ocasiones dicho procedimiento no se sigue ejecutándose más o menos de facto el modificado de una obra por un contratista que dice contar con el beneplácito de la Administración. Surge entonces la pugna entre el empresario que quiere cobrar dichas obras más o menos informales frente a una autoridad pública que se desentiende de su pago porque afirma no haberlas encargado o, precisamente, porque se ha producido una violación de esas formas. Aparece entonces la duda de saber si el contratista merece una indemnización ante el aparente enriquecimiento injusto que supone que la Administración se quede con unas obras que en última instancia no quiere pagar. Este problema está magníficamente explicado en el FJ 6º de la Sentencia de 2 de Noviembre de 2005, de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso contencioso administrativo 1151/2002, donde se afirma lo siguiente "...La institución del enriquecimiento injusto, que la doctrina ius privatista considera un cuasicontrato en tanto que fuente de las obligaciones, resultado de una creciente espiritualización del Derecho que tiene como finalidad la de atemperar la rigurosa aplicación de la ley para hacer prevalecer el valor de la justicia, precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Un aumento en el patrimonio del enriquecido; b) Un correlativo empobrecimiento de la parte actora, representado por un daño emergente o por un lucro carente; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Es reconocida la aplicación por la Jurisprudencia de esta institución en la contratación administrativa para aquellos casos en los que la Administración encarga trabajos adicionales al contratista, que éste ejecuta y entrega a plena conformidad de aquella, sin que se dé forma jurídica a la variación contractual sobrevenidamente impuesta por la circunstancias, negándose posteriormente

la Administración a satisfacer la deuda resultante de la modificación con fundamento en la no formalización de la variación contractual... Además, el principio de riesgo y ventura consagrado en el Art. 99 de la L.C.E., precisamente excluye la aplicación con carácter general de la institución del enriquecimiento sin causa en la contratación administrativa, debiendo soportar el contratista, como ya dijimos, los perjuicios derivados de una alteración de las circunstancias que perjudiquen el equilibrio financiero existente en el momento de expresarse la voluntad contractual (cuando se formaliza el contrato administrativo de obras), salvo dos excepciones: que en el propio contrato haya previsto la revisión de precios o que se haya producido algunos de los tasados supuestos de fuerza mayor contemplados en el Art. 144 de la L.C.A.P”.

Hay que advertir que es muy abundante la jurisprudencia donde el T.S., aplica esta teoría del enriquecimiento injusto. Vamos en las siguientes líneas a tratar de exponer su desarrollo y los matices que presenta.

6.3.2. Fundamento.

Como ya sabemos es presupuesto inevitable que:

1º) La aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto siempre que hubiesen sido efectivamente entregados³⁴². Así, la jurisprudencia del T.S.,(S.T.S., de 20 de Octubre de 1986) aclara que no es posible introducir diferenciaciones conceptuales entre los incrementos de unidades de obra, los excesos en la ejecución de las obras, la ejecución de obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto durante el curso de las obras principales pero conectadas o necesarias para la conclusión del proyecto o modificaciones de las obras contempladas en el proyecto técnico (bien hayan sido objeto de contrato independiente o bien se hayan confiado al contratista de la principal, de acuerdo con los precios fijados en el contrato contradictoriamente)³⁴³.

³⁴²En la S.T.S. de 11 de Mayo de 1989, Ar.4488 se niega expresamente que el fundamento de la indemnización derive de un irregular contrato administrativo, como se entiende con error por la parte apelante.

³⁴³En la S.T.S. de 29 de Enero de 1993, Ar.426, se dice que en el caso enjuiciado, es evidente la existencia de las modificaciones en la obra a que hace referencia la parte actora -modificaciones que surgen principalmente, aunque no exclusivamente, a raíz de adaptar el proyecto arquitectónico a la realidad física del edificio, autorizadas explícita o implícitamente por la Dirección Facultativa- y cuya realidad y entidad han quedado determinadas en el dictamen pericial obrante en autos, por lo que se estima procedente declarar, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, el derecho de la recurrente a la percepción de su importe en la cuantía señalada en el dictamen pericial practicado. Pero es, en definitiva, que por el elemental principio jurídico -cuya generalizada aplicación a toda relación del mismo carácter es indiscutible-, como el que proscribe cualquier enriquecimiento injusto, y por la figura de idéntica naturaleza de la gestión de negocios ajenos, que se habían de aplicar como cualificada razón determinante del acogimiento de la pretensión deducida en primera instancia, cualquiera que fuese la conducta de las partes que diera lugar a la situación conflictiva, lo que ha considerado decisivo con reiteración este Alto Tribunal en supuestos semejantes es que la cuestionada obra se hubiera realmente ejecutado, y, habiéndose acreditado que lo fue y, precisamente, en beneficio exclusivo de la Administración demandada, sin que ésta probara lo contrario -con olvido de que estaba obligado a hacerlo por imperativo del Art. 1214 del C. Civil, según el cual el demandante tenía que probar (y aquí probó) los hechos constitutivos de su pretensión, a aquélla incumbía la de los extintivos o modificativos de ésta-...”

2º) Los excesos de obra deben haber sido realizados como consecuencia de órdenes de la Administración, habiéndose entendido en algunos casos que no se producía alteración sustancial del proyecto sino meramente de detalle, y habiéndose llegado en otros a afirmar que si fueron efectivamente ordenadas las obras, los vicios existentes en las órdenes como consecuencia del incumplimiento de alguno de los citados requisitos de competencia o procedimiento del Art. 54, al no ser imputables al contratista, no podían oponerse a que el mismo percibiere su importe sin perjuicio de las responsabilidades de quienes las hubieran emitido ilegalmente³⁴⁴.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que proclama que la modificación del contrato se cohonesto con el principio que veda el enriquecimiento injusto con las consecuencias que ello conlleva sobre las reclamaciones formuladas (S.T.S. de 27 de Febrero de 1990, Ar.306).

En cuanto al fundamento de la obligación de la Administración de tener que indemnizar al contratista, el Supremo aclara que es reiterada la Jurisprudencia en las que se declara que «la obligación de pago es incuestionable, aunque falten los elementos esenciales de formalización del contrato, pero no su existencia, y ello por los siguientes motivos: tanto si se fundamenta en el cuasi contrato de gestión de negocios, admitido por un cierto sector de la doctrina moderna que considera suficiente para el ejercicio de la acción *in rem verso* la utilidad que ha reportado al ente público la prestación del servicio, como si se apoya en el enriquecimiento injusto, aplicable a los contratos administrativos³⁴⁵ para aquella y un empobrecimiento para la contratista que impone a la Administración la obligación de pagar el coste de las obras. Se impone la compensación del beneficio económico recibido, pues cuando una vez realizada la obra se integró en el patrimonio administrativo, si no se abonara su importe, pugnaría con la justicia y equidad, porque se beneficiaría de ella una parte contratante en perjuicio de la otra. El equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto. En el caso FERROVIAL I, en recurso para unificar doctrina citada abajo, se afirma que esta doctrina consiste en evitar que cualquiera de los interesados pueda obtener una ganancia patrimonial o una pérdida del mismo carácter sin causa que pueda justificarlas. Esta finalidad no se lograría si, tal y como pretende la Administración demandada, se accediera a que la contraprestación económica que debe abonar por la obra de que se ha beneficiado tuviera que regirse por unos criterios de cálculo y de intereses moratorios distintos a los que han de ser observados cuando la

³⁴⁴ Ver S.S.T.S., de 30 Septiembre y 10 Octubre 1963, (R.J. 1963\3978), de 16 de Diciembre de 1974, (R.J. 1974\5218), de 15 de Marzo de 1978, (R.J. 1978\1161), de 12 de Febrero de 1979, (R.J. 1979\908), de 21 de Noviembre de 1981, (R.J. 1981\5267), de 20 de Diciembre de 1983, (R.J. 1983\6354), de 24 de Enero, de 27 de Febrero y de 13 de Julio de 1984, (R.J. 1984\486, R.J. 1984\1067 y R.J. 1984\4676), de 20 de Marzo y de 18 de Junio de 1985, (R.J. 1985\2841 y R.J. 1985\3227). Ver también S.S.T.S., de 22 de Junio de 1982, (R.J. 1982\3323) y de 12 de Junio de 1984, (R.J. 1984\3218).

³⁴⁵ Ver S.S.T.S., de 26 de Febrero de 1991, de 16 de Octubre de 2000, y S.T.S. de 23 de Abril de 2002, Ar.7014, Nº de Recurso: 7026/1996, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS (En todo caso, en el proyecto modificado, para que determine el derecho a su reconocimiento, es necesario que se produzca a tenor de los Art. 50 de la L.C.E., y 150 del R.G.C.E., la introducción de unidades de obra o modificaciones sustanciales en las características de las unidades de obra fijadas en el proyecto, sustancialidad que es lo que los preceptos citados exigen para dar lugar al proyecto modificado pretendido, como reconoce la Sentencia de esta Sala de 3 de Enero de 1996).

obras se adquieren regularmente respetando los cauces procedimentales establecidos. Y sin que lo anterior sea óbice para que la Administración demandada pueda exigir las responsabilidades disciplinarias que pudieran resultar procedentes.

En el caso FERROVIAL II³⁴⁶ se aborda la infracción del Art. 47 y concordantes (que no cita) de la L.C.E., así como de la doctrina que lo interpreta en relación a que el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido. Se liga este precepto al enriquecimiento injusto en una Sentencia de Mayo de 2004³⁴⁷. La Sentencia de la Audiencia Nacional estimó el recurso contencioso-administrativo de O.C.P. En particular, entendió que no cabe interpretar los preceptos del Real Decreto 555/1986 al margen de las normas que regulan los contratos de las Administraciones Públicas. Así, recuerda que tanto la L.C.E., como el R.G.C.E., permiten su modificación y que la jurisprudencia constante viene entendiendo, a partir del Art. 47 de la Ley y 172 del Reglamento, que ha de procurarse el pago al contratista de la obra realmente ejecutada para, de ese modo, evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y salvaguardar el equilibrio financiero. Desde esas premisas, concluye

³⁴⁶Ver S.T.S. de 27 de Abril de 2005, Ar.3940 N° de Recurso: 930/2003, Ponente: D^a. CELSA PICÓ LORENZO, recogiendo la Sentencia de 18 de Julio de 2003. En la S.T.S. de 23 de Abril de 2002, Ar.7014, N° de Recurso: 7026/1996, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS se afirma: “Es de tener en cuenta, además, la aplicación con carácter general de las previsiones contenidas en los Art. 47 de la L.C.E., y 142 del R.G.C.E., en los que su contenido se completa con la cláusula 49 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, en obras públicas, regulada por Decreto 3854/1970 de 31 de Diciembre, que reconoce el abono al contratista con arreglo al precio convenido de la obra que realmente ejecute, conforme al proyecto que sirve de base a la licitación, a sus modificaciones y a las órdenes dadas por escrito a la Administración. Por otra parte, es cierto que el Art. 142 del R.G.C.E., señala que el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, en los términos previstos en el Art. 47 de la L.C.E., y respecto del invocado precepto, es de tener en cuenta que corresponde a la Administración, expedir las Certificaciones que correspondan a la obra ejecutada. Estas certificaciones tienen el concepto de pago provisional a cuenta y están sujetas, en los términos del Art. 145.2 del Reglamento, a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final. Así resulta de la propia naturaleza de las Certificaciones de obra, que no es otra que la deducible del Art. 47 de la L.C.E., y la aplicación conjunta de los Arts. 142 y 144 del R.G.C.E., permite constatar que constituyen un título de crédito a favor del Contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio, pues, de acuerdo con el Art. 47 de la L.C.E., el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido”.

³⁴⁷Ver S.T.S. de 24 de Mayo de 2004, Ar.3670, N° de Recurso: 1078/1999, Ponente: D. PABLO MARÍA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El Ministerio de Justicia e Interior, por resolución de 31 de Julio de 1995, denegó la inclusión en la liquidación provisional de la obra realizada por O.C.P Construcciones, S.A. -antes OCISA y ahora A.C.S- la partida de 12.506.554 ptas., correspondientes al incremento en unidades de seguridad e higiene en el trabajo. La razón en la que se fundó esa negativa fue que, al entenderse de la Administración, el Art. 4 del Real Decreto 555/1986, de 21 de Febrero, impedía que se sobrepasase el presupuesto inicial de seguridad e higiene. La obra en cuestión consistió en la construcción de la Escuela Nacional de Protección Civil y un campo de prácticas en Rivas Vaciamadrid. En su realización se produjo, por causas no imputables al adjudicatario, una modificación del proyecto de la obra, dándose lugar a otro reformado que supuso la ampliación del tiempo de ejecución del contrato. Las obras se recibieron provisionalmente el 22 de Marzo de 1994 y se practicó su liquidación provisional por 151.141.367 ptas. Precisamente, el aumento en los costes de la aplicación del plan de seguridad e higiene durante ese tiempo adicional es lo que explica la inclusión de la cantidad indicada en la liquidación provisional, que fue aceptada por la Dirección Facultativa y por el órgano de contratación, hasta que, a propuesta de la Intervención Delegada del Ministerio de Justicia e Interior, se adoptó la resolución impugnada en la instancia. Ante ella, O.C.P, salvando su derecho a recurrir jurisdiccionalmente esa decisión, aceptó la nueva liquidación que excluía las 12.506.554 ptas., para no retrasar la percepción del resto.

que el Real Decreto 555/1986 no impide alterar el estudio y el plan de seguridad e higiene cuando, como consecuencia de la aprobación de un proyecto reformado que amplía el tiempo y el contenido de la obra, el contratista se ve obligado a prorrogar en el tiempo ciertas unidades del plan de seguridad e higiene. A partir de ahí, reconoce el derecho de O.C.P., a percibir la cantidad indebidamente excluida de la liquidación y sus intereses desde la fecha de su aprobación, no considerando necesaria la previa intimación, pues el acta de recepción y la liquidación provisional de la obra lo fueron inicialmente a satisfacción de la recurrente, surgiendo el litigio después, cuando la Intervención consideró que debía excluirse la cantidad objeto del proceso. Es el parecer del T.S. que procede desestimar el recurso de casación del Abogado del Estado³⁴⁸ pues la interpretación y aplicación que lleva a cabo la Sentencia de la Audiencia Nacional del Real Decreto 555/1986 se ajusta al ordenamiento jurídico sin que quepa apreciar la infracción de sus Arts. 3.1 y 9. En efecto, en el presente caso no nos encontramos ante una variación del importe del presupuesto de estudio de seguridad e higiene como consecuencia de una alteración del plan de seguridad e higiene, que es la hipótesis contemplada por el Art. 3.1 del Real Decreto 555/1986. Lo que se ha producido, señala la Sentencia recurrida, es que la aprobación a iniciativa de la Administración de un proyecto reformado que ha supuesto la realización de más obra durante más tiempo y eso ha alterado las previsiones del estudio y del plan, pues la contratista tuvo que hacer frente a lo largo de ese período adicional a los nuevos gastos que describe. En estas condiciones, hay que excluir que se haya producido la infracción que alega el Abogado del Estado, pues no se da el supuesto contemplado por las normas que invoca. Si, a partir de esta premisa, se tiene en cuenta que corresponde al propietario de las obras

³⁴⁸El Abogado del Estado pretendía la anulación de la Sentencia de instancia por infracción de los Art. 3.1 y 9 del Real Decreto 555/1986. Explica su posición diciendo que el coste del plan de seguridad e higiene no puede alterar el equilibrio económico del contrato y que la legislación aplicable contempla como mecanismos para la corrección de esa ecuación financiera el abono, en su caso, de nuevas unidades de obra, la revisión de precios o la facultad resolutoria, si las modificaciones exceden el 20% de la cuantía o implican alteraciones sustanciales de unidades de obra. En cambio, los Arts. 3.1 y 4.1 del Real Decreto 555/1986, no permiten la variación del presupuesto del estudio de seguridad e higiene y de su plan ejecución. No obstante, para el caso de que no se aceptara su planteamiento anterior, invocando los Art. 47 de la L.C.E., y 172 del R.G.C.E., dice que su devengo está sometido a varios requisitos entre los que relaciona el transcurso del plazo legal, la intimación de su pago y el momento a partir del que ha de entenderse producido que, en su opinión, es el de la reclamación judicial, la cual se produce con la presentación de la demanda del recurso contencioso-administrativo. O.C.P., en su escrito de oposición, tras reproducir los preceptos que el Abogado del Estado ve infringidos por la Sentencia, explica que, como consecuencia de la aprobación por la Administración de un proyecto reformado, se amplió el plazo de ejecución del contrato y que ello repercutió en 9 de las 63 unidades del plan de seguridad e higiene, pues fue preciso alquilar durante más tiempo los vagones utilizados por el personal para comer, asearse y cambiarse de ropa e incurrir en otros gastos. En cambio, otras unidades no se vieron afectadas por esa prolongación del tiempo de ejecución de la obra. Es el caso de las relativas a cascos, gafas, guantes, cinturones de seguridad, mesas y sillas de los comedores, taquillas, ... De ahí que considere indiscutible su derecho a percibir el importe correspondiente al incremento de esas unidades pues, de otro modo, la Administración incurriría en enriquecimiento injusto. En cuanto a los intereses, dice que debieron ser objeto de un motivo independiente y rechaza que sea precisa la intimación de su pago. En realidad, se practicó la recepción provisional de la obra y tanto la Dirección Facultativa como la Dirección General de Protección Civil aceptaron la inclusión de la cantidad discutida en la liquidación provisional, surgiendo el litigio cuando la Intervención Delegada excluyó esas 9 unidades que suponen 12.506.554 ptas. Por eso, considera que nada había que intimar, pues no hubo el retraso al que se refiere el Art. 172 del R.G.C.E. En todo caso, recuerda que formuló protesta en carta a la Dirección Facultativa de 13 de Septiembre de 1995. En definitiva, considera la Sentencia plenamente ajustada a Derecho.

hacerse cargo del coste de las partidas correspondientes al estudio de seguridad e higiene concretadas en el plan y que, según es doctrina constante de la Sala, el contratista ha de ser retribuido por la obra realmente ejecutada, se llega a la conclusión alcanzada por la Audiencia Nacional.

En una Sentencia de 1991³⁴⁹ si bien es cierto que el Art. 51 del R.C.C.L.³⁵⁰ proclama la inalterabilidad contractual, también es cierto que la Jurisprudencia ha venido suavizando en una interpretación flexibilizadora la aplicación de tal principio, a través de una interpretación flexibilizadora de los Arts. 51, 53 y 54 del precitado Reglamento, y aun reconociéndose que lo más correcto jurídicamente hubiere sido el cumplimiento, en su momento, de las formalidades previstas en el Art. 54 del propio Reglamento de contratación (pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones del contrato se ejercite dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento allí indicados), sin embargo, su omisión no puede privar al contratista, que realizadas las obras, del derecho a que se le abone, por el Ayuntamiento el importe de las mismas, pues si ellas lo fueron en las circunstancias indicadas y, por lo tanto, contribuyendo a complementar el Proyecto y suplir sus deficiencias imprevisiones es claro que como dice la S.T.S., de 20 de Diciembre de 1983 (R.J. 1983\6354), resolviendo un caso semejante al presente, por un principio de Derecho no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos con la realización de tales obras y las cargas sufridas con su ejecución, y la aplicación de tal principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados de conformidad con el Ingeniero Director³⁵¹, la legitimación de esta clase de pretensiones reclamatorias del

³⁴⁹ Ver S.T.S. de 12 de Marzo de 1991, Ar.1987, Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos estima un recurso contra el Ayuntamiento de Laredo, sobre reclamación de cantidad. El Ayuntamiento adjudicó al demandante las obras de construcción del Paseo Marítimo (cierre de la marisma) en la margen derecha de la Ría del Asón, con sujeción a un Proyecto Técnico y en las condiciones fijadas en el correspondiente pliego; que en la realización material de las obras y por diversas causas no imputables al adjudicatario, se originaron dificultades y obstáculos, que con la intervención del Ingeniero Director y con conocimiento, previo a la finalización de las obras, del Ayuntamiento se llevaron a cabo una serie de modificaciones y complementos de las obras contempladas en el Proyecto valoradas por la propia Dirección Técnica en 3.476.999 ptas., y consideradas a posteriori adecuadas y necesarias, aunque no suficientes, en Informe que, a solicitud del citado Ayuntamiento, emitió el Ingeniero Director de la Sección de Vías y Obras de la Diputación Provincial de Santander, considerando una coincidencia aproximada dada la naturaleza de las obras, con las modificaciones presentadas en la liquidación de obras que por dicho importe se certificó por la repetida Dirección Técnica. Ver también S.T.S. de 29 de Enero de 1993, Ar.426, Recurso núm. 5603/1990, Ponente: Excmo. Sr. D. José María Reyes Montereal.

³⁵⁰“Ni el texto de los Art. 51 a 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de Enero de 1953; ni los Decretos de 31 de Mayo de 1974 y de 4 de Febrero de 1964 (RCL 1964\274) -este Decreto-Ley- pueden obstar en casos como el que nos ocupa, la aplicación de los principios de la buena fe y de la evitación del enriquecimiento injusto, en cuanto informadores de todo el ordenamiento jurídico (Art. 1 del C. Civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R.C.C.L., 1985\1578, 2635); y aquí, no resplandece precisamente la buena fe del Ayuntamiento y sí ha habido enriquecimiento injusto del mismo”.

³⁵¹ Ver S.S.T.S., de 22 de Enero de 1975 (R.J. 1975\8), e 15 de Marzo de 1978, de 12 de Febrero de 1979, de 3 de Noviembre/Diciembre de 1980, de 21 de Noviembre de 1981, de 22 de Junio de 1982 (R.J. 1982\3323), de 20 de Diciembre de 1983, de 12 de Junio de 1984, (R.J. 1984\3463), de 13 de Julio de 1984, de 2 de Abril de 1986, de 20 de Octubre de 1987 (R.J. 1987\8679 y 8677), de 1 de Febrero de 1988

importe de las obras realizadas pero no comprendidas expresamente en el presupuesto, si bien no se puede corregir a través de la técnica de la *negotiorum gestio* por existir una relación contractual se debe solventar aplicando la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa que ya en el derecho histórico dio lugar a que se le considerara origen de una de las figuras del cuasicontrato; apareciendo en el *Corpus iuris* en el que actuaba como base y medida de la responsabilidad origen de una *condictio* que posibilitaba la reclamación reparadora; institución ésta del enriquecimiento sin causa que, como es sabido, pasó a nuestro derecho a través de las «Partidas» (Partida 7.^a, Libro XVII, Título 34) y que aunque no fue recogida por nuestro C. Civil por su supeditación al Código Napoleónico, ello no ha impedido la elaboración de una doctrina jurisprudencial constante y uniforme de la que son ejemplo las Sentencias citadas más arriba y con carácter más general las más antiguas de 2 de Mayo de 1960 (R.J. 1960\2123), 12 de Mayo de 1964, 16 de Marzo de 1965, 4 de Junio de 1966, 26 de Marzo de 1968 (R.J. 1968\1953), 18 de Marzo de 1972 (R.J. 1972\1312) y 22 de Enero de 1975 (R.J. 1975\8) entre otras; habiéndose articulado procesalmente este principio desde la época romana mediante el ejercicio de la *actio in rem verso* como señala la ya citada Sentencia de 22 de Junio de 1982³⁵².

(R.J. 1988\672), de 9 de Julio de 1988, Ar.5946, de 25 de Octubre de 1988 (R.J. 1988\8226), de 11 de mayo de 1989, Ar.4488, de 4 de Septiembre de 1989, Ar.6566, de 25 de Febrero de 1991, de 9 de Octubre de 2000, de 8 de Julio de 2004 (caso FERROVIAL I, citado atrás), de 27 de Abril de 2005, Ar.3940, 20 de Julio de 2005, de 25 de Octubre de 2005, Ar.8290, de 2 de Octubre de 2006, de 29 de Abril de 2008, Ar.4981.

³⁵² Ver S.T.S., de 22 de Junio de 1982, Ar.3323, Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Martín del Burgo y Marchán. El Pleno del Ayuntamiento de Pantón acordó en 14 Abril 1976 desestimar el escrito presentado por «Construcciones A., S. L.», sobre reclamación de cantidad por certificación de obra adicional con motivo de la construcción de unas instalaciones deportivas, ejecutadas por la empresa en Ferreira, capitalidad del Municipio. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «Construcciones A., S. L.», la Sala de La Coruña dictó Sentencia, en 13 Julio 1979, estimando parcialmente los recursos nulos, en cuanto no conceden al recurrente el pago de las cantidades de 339.174 ptas., que no fue incluida por error, y de 893.610 ptas., por obras imprevistas, en total, 1.232.784 ptas. La reclamación de cantidad formulada por la sociedad demandante al Ayuntamiento de Ferreira de Pantón (Lugo): a) La basada en el error aritmético del presupuesto oficial de las obras a aquélla adjudicadas, producido al sumar las distintas partidas que los integraban; b) La derivada de los trabajos adicionales que dice haber realizado, de conformidad con el director técnico de las obras (Instalaciones deportivas municipales), no incluidos en dicho proyecto. Explica el T.S., que por lo que se refiere a la segunda cuestión debatida en este proceso (obras adicionales realizadas por la recurrente), la propia Abogacía del Estado, en posición de parte apelante de la Sentencia dictada por la Sala de La Coruña, que condenó al Ayuntamiento de Pantón (Lugo) al abono de las mismas, no se atreve a negar su existencia, por lo que su tesis impugnatoria sólo la puede basar en el argumento de que «no estaban autorizadas debidamente», citando como apoyo legal lo dispuesto en el Art. 155 del R.G.C.E., de 25 Noviembre 1975. Que aunque no se pusiera en duda la aplicación de la legislación sobre Contratos del Estado en el ámbito de las Corporaciones Locales, de todas formas, los supuestos contemplados en el citado Art. 155 no son los mismos que el de autos, puesto que dicho precepto reglamentario trata de cortar abusos, cometidos con modificaciones irregulares, que vengán a alterar la obra pretendida por la Administración, y proyectada, mientras que en el caso que nos ocupa, la irregularidad no parte de la empresa contratista, sino de los que confeccionaron el proyecto de obra, deficiente a todas luces, por lo que se deduce de las actuaciones obrantes en el expediente y en la primera instancia jurisdiccional, especialmente por la actitud del Ingeniero director técnico de las obras, al venir a reconocer la necesidad de estas obras adicionales, y por la conformidad del Ayuntamiento, al prestar su conformidad en el acta de recepción definitiva de la totalidad. Que esta actitud del técnico director de las obras implica, además la imposibilidad de considerarlas no autorizadas, al menos por lo que se refiere a este representante de la Administración; si esto es así; si las obras se han realizado; y si han contribuido a completar el proyecto y suplir sus deficiencias, presentado un acabado ajustado a los fines propuestos; es evidente que por un principio de Derecho natural no se puede consentir la

Como dice la de 12 de Junio de 1984, con cita del Art. 7.1 del C. Civil y de reiterada jurisprudencia, el principio de la buena fe viene a reforzar también el derecho a formular esta reclamación, pues no se puede concebir en un Estado de Derecho inspirado en la justicia, que unas obras como las de autos, efectuadas por el contratista en las circunstancias narradas y por expresa indicación de su Dirección Facultativa³⁵³ pudieran quedar sin la correspondiente compensación³⁵⁴. En la segunda mitad de los años ochenta la buena fe contractual (Art.1.258 C. Civil) vuelve a aparecer de manera protagonista en una S.T.S. de 1986³⁵⁵, y en otra de 1989³⁵⁶, donde se aclara que: “sin

consumación de un desequilibrio económico, entre los beneficios obtenidos por una parte y las cargas sufridas por la otra... Que aunque, por lo expuesto, procede estimar la reclamación de esta segunda partida, sin embargo, por la forma anómala en que se han desarrollado las actuaciones, en lo referente a la práctica de las pruebas conducentes a la determinación de su cuantía (la de las obras imprevistas en el Proyecto original), la falta de elementos de convicción suficientes sobre la concreción de la misma, obliga a deferir la obtención de este dato al período de ejecución de Sentencia; tarea que se ha de desarrollar con arreglo a las siguientes bases: a) Estimación de las obras realizadas con la cobertura del proyecto que sirvió para la adjudicación de las mismas a la empresa accionante; b) Estimación del exceso de obras no incluidas en tal proyecto, con fijación exacta de sus cuantías; c) Imposibilidad de que estos cálculos excedan de lo pedido por la propia sociedad constructora.

³⁵³ Recordaba el Art. 155 de la L.C.E. que: “las modificaciones no autorizadas en las obras respecto a los proyectos por los que rija su realización originan responsabilidades de los funcionarios. Los empresarios, ejecutores de dichas modificaciones, con conocimiento de su irregularidad, no tendrán derecho al abono de las mismas; vendrán obligados a su demolición, si así se le ordena, e indemnizarán a la Administración, en todo caso, por los daños y perjuicios que su conducta ocasiona. La responsabilidad directa de los empresarios no es obstáculo para que se exija la que corresponda al funcionario encargado de la inspección y vigilancia de las obras”.

³⁵⁴ Ver S.T.S. de 12 de Marzo de 1991, Ar.1987, Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo. Como dice la de 12-6-1984, con cita del Art. 7.1 del C. Civil y de reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el principio de la buena fe viene a reforzar también el derecho a formular esta reclamación, pues no se puede concebir en un Estado de Derecho inspirado en la justicia, que unas obras como las de autos, efectuadas por la contratista en las circunstancias narradas y por expresada indicación de su Dirección Facultativa, pudieran quedar sin la correspondiente compensación”. Se dice además que aparte o con independencia de la perspectiva contractual, no puede ignorarse la existencia en el campo del Derecho administrativo de otras fuentes de las que surgen obligaciones de tal carácter, tales como la llamada gestión de negocios de la Administración, o aplicación de la doctrina de la conversión de los actos administrativos, en los cuales el gestor o contratante de buena fe, confiado en la legitimación del Alcalde para convenir la realización de dichas obras, debe ser protegido.

³⁵⁵ Ver S.T.S. de 20 de Octubre de 1986, Ar.7663, Ponente: D. JULIÁN GARCÍA ESTARTUS. El Ayuntamiento de Gijón denegó por silencio administrativo la solicitud formulada en 16 de Febrero de 1983 por Huarte y Compañía, S.A., para el abono del importe de la liquidación de las obras de Ampliación y Reforma del Estadio de Fútbol «El Molinón». Huarte y Compañía, S.A., interpuso contra la anterior denegación presunta, recurso contencioso-administrativo ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia de Oviedo. La expresada Sala dictó Sentencia condenando al demandado a abonar a la actora la suma de 39.567.968 ptas., por cantidades pendientes como consecuencia de las obras de ampliación del campo de fútbol “El Molinón” en concepto de revisión de precios, liquidación provisional y facturas de obras por administración. Se explica que de lo dispuesto en los Arts. 47 de la L.C.E. y 142 y 153 del R.G.C.E., que como se dijo son de supletoria aplicación a las Corporaciones Locales, surge la obligación de pago por la Administración del importe de aquellas obras accesorias o complementarias, no incluidas en el proyecto, que durante el curso de las obras principales la misma estime conveniente ejecutar, bien hayan de ser objeto de contrato independiente, bien puedan confiarse al contratista de las principales, y de acuerdo con los precios fijados en el contrato o contradictoriamente. El Tribunal *a quo* rechazó la pretensión articulada en el escrito de la demanda respecto al importe de dos facturas por trabajos no comprendidos en el proyecto de obras que fueron: una dejada pendiente de aprobación por la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento, y otra no admitida como pertinente por esa Comisión. Las obras objeto de esas facturas fueron tenidas como conformes por el Ayuntamiento, y aunque no estaban incluidas en el Proyecto inicial forman parte del conjunto ejecutado para la reforma y ampliación del

que en ningún caso impida que se vinculen quienes realmente contrataron, pues, como ya se explicó en la de 23 de Enero de 1987, el Art. 48 del R.C.C.L., dispone que será preceptiva la formalización de los escritos que celebren, aunque la omisión de tal requisito no afectará a la validez de la obligación, respetando así el principio espiritualista acogido en los Arts. 1.254 y concordantes del C. Civil, según los cuales el contrato se genera por el mero consentimiento de la oferta y de la aceptación entre la cosa y la causa que lo constituyen», lo que, por lo demás, no es otra cosa que elemental consecuencia del principio de la buena fe - aplicable y exigible por igual a las convenciones administrativas que a las de derecho puramente privado- que, precisamente, para la Sentencia de 20 de Octubre de 1987, venía a reforzar la legitimidad para formular reclamaciones de esta naturaleza, «pues no se puede concebir en un Estado de Derecho, inspirado en la justicia, que unas obras, como las de Autos, efectuadas por la contratista en las circunstancias narradas, por expresa indicación de su Dirección Facultativa, pudieran quedar sin la correspondiente compensación».

En el caso FERROVIAL II³⁵⁷ flota la teoría de la violación de la confianza legítima. Así se dice que la Sentencia de 10 de Noviembre de 2004 recordando lo vertido en otra anterior de 18 de Julio de 2003 "el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración".

Hay que poner de relieve que este fundamento no queda mediatizado por la invocación de la Administración del principio del riesgo y ventura para negarse a pagar ciertos modificados y la existencia de un enriquecimiento injusto. Se apoya en los Arts.46 de la L.C.E de 8 de Abril de 1965 y 99 de la L.C.E de 18 de Mayo de 1995, así como los Arts. 2, 51.1, 57.1 y 58 del R.C.C.L., aprobado por Decreto de 9 de Enero de 1953. La Legislación de Contratos del Estado, antes y después de la reforma de 18 de Mayo de 1995, establece el principio de que "la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista", lo que impone al contratista la obligación de concluir la obra pese a las diversas contingencias que puedan producirse. Los demás preceptos citados en el motivo abundan en las obligaciones del contratista en orden a ajustarse al Pliego de Condiciones que planifica la ejecución del contrato por encima de la voluntad de las partes (Art. 2 del R.C.C.L.) y proclaman la inalterabilidad de los términos del

Estadio Municipal del que es arrendatario el «Real Sporting Club de Fútbol», de lo que se infiere que en la reclamación efectuada el 18 de Febrero de 1983, estaban incluidos los costes de todas las obras ejecutadas por la actora y reconocidas y declaradas procedentes por la Administración demandada. Destaca el Supremo que no siendo por tanto estimable la declaración de inadmisibilidad en base a lo dispuesto en los apartados c) y e) del Art. 82 de la Ley Jurisdiccional, careciendo de fundamento el escindir de un acto presunto de la Administración desestimatorio por silencio administrativo, alguna partida del total coste de unas obras por el hecho de haberse realizado a consecuencia de un Acuerdo Municipal posterior a la aprobación del proyecto objeto del Concurso- Subasta, ya que en la liquidación provisional pueden incluirse, sin perjuicio de los efectos contables y presupuestarios que demande la ampliación del coste de una obra todas las cantidades adeudadas al contratista y no satisfechas, como demanda el principio de la buena fe contractual, Art. 1.258 del C. Civil.

³⁵⁶ Ver S.T.S. de 12 de Diciembre de 1989, Ar.9400.

³⁵⁷ Ver S.T.S. de 27 de Abril de 2005, Ar.3940 N° de Recurso: 930/2003, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO.

contrato que deberá ser cumplido con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas solamente podrán modificarse mediante nueva licitación (Art. 51.1 del R.C.C.L.).

Así en una Sentencia de 1988³⁵⁸ explica el Supremo que rechaza acertadamente la Sala de la Territorial la invocación por el Ayuntamiento del principio de riesgo y ventura del contratista para negarse al abono del plus reclamado por la contrata, ya que como alegó ésta, el Art. 4 del Pliego de Condiciones Técnicas faculta a la dirección de las obras para modificar el proyecto inicial y ordenar trabajos no proyectados, siempre que lo considere conveniente por necesidades de carácter técnico, obligando al contratista a ejecutarlos. Rechazo que hace después de un detenido estudio del problema, trayendo a colación la flexibilidad con que la jurisprudencia ha manejado «el *ius variandi*» previsto en los Arts. 53 y 54 del R.C.C.L., de 9 de Enero de 1953, mediante la aplicación supletoria del Derecho privado, al que remite la disposición adicional segunda de dicho Reglamento. Argumento que se refuerza con mayores aportaciones jurisprudenciales sobre el enriquecimiento sin causa y el principio de buena fe, que en este caso deben impedir que unas obras recibidas con conformidad a la entidad local demandada, no produzcan el consiguiente equilibrio económico, superando la materialización de su realidad el defecto formal de las autorizaciones previas de la dirección facultativa de la obra. El *ius variandi* de que goza la Administración ha venido siendo aplicado con flexibilidad y ha de ser contemplado con los criterios jurisprudenciales del enriquecimiento injusto y de la buena fe que deben impedir que unas obras recibidas con conformidad de la Entidad local no produzcan el consiguiente equilibrio económico, superando defectos formales³⁵⁹.

³⁵⁸Ver S.T.S. de 8 de Junio de 1988, Ar.5075, PONENTE: Excmo. Sr. D. Ángel Martín del Burgo. Se refiere este asunto a la construcción de una guardería infantil y un centro de preescolar, más el cierre del patio de las mismas, contrato que no se celebró a un tanto alzado, sino por precios unitarios a aplicar a la medición final de las obras realmente efectuadas, lo que principalmente ha dado lugar a las divergencias surgidas entre las partes contratantes sobre el de esa liquidación. Santiago Aldama, S. A., interpuso recurso contra acuerdo de 17 de Junio de 1983, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao. El Tribunal dictó Sentencia de fecha 12 de Julio de 1986, declara el derecho de la sociedad adjudicataria recurrente al percibo de la cantidad de 4.644.360 ptas., a que asciende la diferencia entre la liquidación provisional de las obras y las cantidades cobradas a cuenta. Concretando aún más las diferencias cuantitativas en las valoraciones de la Corporación y la empresa, diremos que las mismas se deben principalmente a la procedencia del abono adicional de determinadas partidas de la obra, a discrepancias en las mediciones de la obra realmente ejecutada.

³⁵⁹Es muy significativo que en líneas generales, la dirección letrada del Ayuntamiento en su escrito de alegaciones ante nosotros, no se atreve a atacar la doctrina del Tribunal de Instancia, acabada de resumir, puesto que reduce su impugnación a la estimación de las partidas 2.2 (pozo de registro) y 4.10, II y III, además de poner en cuestión la discordancia de mediciones. Respecto de la partida 2.2 (pozo de registro), el Ayuntamiento no discute en esta alzada si el costo de la reconstrucción es o no correcto, sino si ha de ser abonada por el municipio o debe correr a cargo de la empresa. Abogando por lo último, al estimar que dicho pozo era de nueva construcción y daba servicio a las viviendas inmediatas, también de nueva creación. Tesis rebatida por la contratista, que arguye que el pozo era antiguo, roto, por lo que tuvo que ser reconstruido totalmente. Que es precisamente lo que viene a aseverar el perito procesal. Basa el Ayuntamiento su tesis en la supuesta quiebra de la doctrina de la Audiencia en este punto concreto, ya que según él existe un elemento que rompe la relación causal entre la ejecución del contrato y el beneficio que de ello deba derivarse para la contratista, al imputar a ésta por negligencia, la rotura del pozo existente. Mas ante la falta de prueba convincente sobre tales afirmaciones, debe prevalecer lo comprobado y valorado por el técnico que informó en el proceso, dada su posición de neutralidad frente a los intereses encontrados de las partes. No vislumbrándose una solución más razonable que esta,

En un caso de 1993, se señala que el Art.57 del R.C.C.L., para justificar la desestimación del recurso, igualmente se debe rechazar, puesto que el principio de riesgo y ventura del contratista establecido en el citado artículo tiene una sencilla acepción; considerar el administrativo de obras como contrato de resultado y de resultado total, además y en consecuencia y en tanto la obra no se entrega, y se recibe por la Administración, el contratista es el dueño de ella y, por tanto y con diversas particularidades atenuantes respecto al rigor de dicha regla en los contratos concertados entre particulares, es él quien debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la misma, circunstancias que no son las que obligaron a modificar y complementar la obra, cuya necesidad se impuso por deficiencias iniciales del Proyecto de la misma³⁶⁰.

En una Sentencia de 2001³⁶¹, se afirma que no estamos ante un supuesto de riesgo y ventura por parte del contratista, sino ante un incumplimiento notorio por parte de la Corporación municipal, pues en virtud de la cláusula cuarta del contrato suscrito el 6 de Mayo de 1994, la Diputación se haría cargo del setenta por ciento del precio de adjudicación y el treinta por ciento restante sería a cargo del Ayuntamiento que retrasa el pago de las siete primeras certificaciones y que no abona las certificaciones 8, 9, 10 y 11. En efecto, lo realmente producido es una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la Administración y conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala (en Sentencias de 29 de Septiembre de 1977, 21 de Marzo de 1983, 27 de Abril de 1987, y 5 de Junio de 1991), el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor recogidos en el Art. 46 de la L.C.E., sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución. Interesa subrayar que el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la L.C.E., y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Por ello, la indebida aplicación del citado Art. 46 de la L.C.E., en la forma explicitada por reiterada jurisprudencia de esta Sala (por todas, la S.T.S., de 28 de Enero de 2000, al resolver el recurso de casación nº 3482/94), no puede producir como efecto la estimación del único motivo de casación aducido por la parte recurrente. Tampoco resulta vulnerado el mismo criterio y principio que sostiene la Ley de 18 de Mayo de 1995, en el Art. 99

justificadamente acogida por tanto por la Sentencia apelada. Al pasar a estudiar las partidas 4.10, II y III, el Ayuntamiento reconoce que se dieron órdenes por la dirección de la obra para su realización, pero intenta contrarrestar este hecho con la afirmación de que las órdenes de la dirección de las obras se debieron de la inadecuada ejecución de las mismas por la empresa contratante. Mereciendo este alegato la misma respuesta dada a la impugnación de la partida 2.2 por parecidos o iguales motivos.

³⁶⁰Ver S.T.S. de 12 de Marzo de 1991, Ar.1987, Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo.

³⁶¹Ver S.T.S. de 14 de Mayo de 2001, Ar.4478, Nº de Recurso: 5424/1997, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS. Se impugna el Auto de 31 de Enero de 1997, del T.S.J., de Galicia por el que se acordó la suspensión cautelar de la ejecutividad del Acuerdo del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 1 de Julio de 1996, por el que se denegó la suspensión temporal de la obra «Urbanización, ampliación y mejora del vial de acceso de entrada de Santa Comba» adjudicada a Arias Hermanos, S.A.

(hoy Texto Refundido de la L.C.A.P., Real Decreto Legislativo 2/2000), pues, con independencia de ser inaplicable, por razones temporales, al contrato suscrito, dicho principio no es determinante de la posible estimación del recurso, al ser la Administración contratante quien contraviene el tenor del contrato (en coherencia con las Sentencias de esta Sala de 29 de Septiembre de 1977, 21 de Marzo de 1983, 27 de Abril de 1987 y 5 de Junio de 1991)³⁶².

Más recientemente el argumento aparece en dos asuntos de 2005. Así, en una primera Sentencia de Febrero de 2005, se invoca en relación con varias cuestiones³⁶³.

³⁶² Se añade: “No resulta acreditada la vulneración del conjunto de los preceptos invocados del RCCL que también han sido invocados: a) El Ayuntamiento, si bien intentó no suspender o paralizar el curso de las obras, evitando la manifestación reveladora de un propósito de incumplimiento del contrato, retrasó indebidamente el pago de las siete primeras certificaciones y no abonó las certificaciones números 8, 9, 10 y 11, por lo que no se constata la vulneración aducida del Art. 2 del R.C.C.L., y se reconoce el derecho del contratista para discutir en el asunto principal, el alcance de la medida suspensiva, sin que se advierta, por su parte, apartamiento del Pliego de Condiciones. b) No se observa violación del Art. 51.1 del R.C.C.L., al establecer la inalterabilidad del contrato, a partir de su perfección y cumplimiento con estricta sujeción a las cláusulas, como reconoce la Sentencia de esta Sala y Sección de 28 de Enero de 2000 (al resolver el recurso de casación nº 5946/93) pues de producirse un incumplimiento sería imputable a la Corporación municipal... c) Tampoco se entienden vulnerados los Art. 57.1 y 58 del R.C.C.L., el primero de los cuales reitera que los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura del contratista, no siendo la demora en el pago causa de interrupción en el cumplimiento del contrato según el Art. 58 del R.C.C.L., sin que en la cuestión examinada se advierta (por el examen de lo actuado) actitud de abandono imputable a la empresa recurrente y sí, por el contrario, la ausencia de justificación en la negativa de abono de las certificaciones por parte de la Corporación Local, pues al existir una falta de pago puntual de las certificaciones, aparecería justificada la referida interrupción contractual (en aplicación de los Art. 56 y siguientes del R.C.C.L.), sin que la Corporación municipal, como reconoce la Sentencia de esta Sala de 18 de Junio de 1985, ostente una absoluta discrecionalidad en la aplicación y apreciación de los contratos suscritos cuando el único motivo esgrimido por la Administración municipal y no acreditado fue el supuesto incumplimiento del plazo contractual, en principio por causas no imputables al contratista.

³⁶³ Ver S.T.S. de 1 de Febrero de 2005, Ar.1533, Nº de Recurso: 3992/2000, Ponente: D. MARIANO BAENA DEL ALCAZAR. 1º) Se alega infracción del Art. 1214 del C. Civil y del principio según el cual la ejecución del contrato de obras se realiza a riesgo y ventura del contratista. Se argumenta en definitiva en este motivo que en su Fundamento de Derecho 7º.2, relativo al empleo de betún, la Sala declara que la Administración debió realizar alguna actividad probatoria, pero se dice también que no hubo ninguna actividad de este tipo de la empresa entonces demandante. Ello lleva a la Comunidad Autónoma a razonar que, como la prueba corresponde a esta última, se ha infringido la regla sobre la carga de la prueba. Pero esta argumentación debe desecharse rápidamente, pues lo que declara la Sentencia es que hubo una discrepancia en cuanto a la medición, pero está acreditado cual fue la cantidad de betún realmente empleada que la Administración no niega. El empleo de una cantidad mayor es el que debe ser compensado, sin que pueda admitirse que no se probó adecuadamente. 2º) Se alega además que no es conforme a derecho el Fundamento jurídico 8º.1 sobre daños y perjuicios por paralización de voladuras. Se mantiene que en ningún momento proporcionó la Administración autonómica, orden de que las voladuras se paralizasen, y que desde luego ello no está probado en modo alguno. Pero también este argumento debe desecharse rápidamente. La Sentencia admite que no está probado que se ordenase la paralización de voladuras, pero que en cambio no ofrece duda que se dio la orden de que no se paralizase el tráfico en el tramo de la vía correspondiente durante determinadas fechas de los meses de Julio y Agosto. Ello suponía indirectamente la paralización de las voladuras, para evitar riesgos como consecuencia de que la citada vía estuviera abierta al tráfico. Lo cierto es que en este caso no se está exactamente en uno de los supuestos en que se aplica el principio de riesgo y ventura. La Sala entiende que asiste la razón a la empresa contratista de obras y por ello también a la Sentencia recurrida cuando afirman que la Administración autonómica, al dar la orden de que no se interrumpiese el tráfico, indirectamente estaba ordenando la paralización de voladuras. Ello significaba variar el plazo previsto

En otro de Marzo de 2005³⁶⁴, la parte recurrida invoca la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 1 de Julio de 1971 y 11 de Diciembre de 1969), que considera que tal principio de riesgo y ventura no puede exorbitar manifiestamente su campo de acción.

Insiste que, en realidad, se pretende la revisión de la prueba y que la doctrina de este Tribunal (Sentencias de 14 de Mayo y 9 de Diciembre de 1976), mitiga el citado principio. Ciertamente la Sentencia de 4 de Mayo de 1999, invocada por la recurrente dice que el contratista al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen la L.C.E., y se basan en la consideración de la que obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial y por tanto, los riesgos derivados de la contratación, perfeccionada por la empresa recurrente, habrán de recaer directamente sobre ella. Y en el supuesto enjuiciado en la meritada Sentencia niega la existencias de circunstancias determinantes de fuerza mayor así como que el contratista puede, si le parece gravosa la subsistencia de la prestación, solicitar la resolución del contrato conforme al Art. 50 L.C.E., Doctrina no aplicable al particular supuesto de autos. De lo relatado en los fundamentos precedentes ha quedado patente la singularidad de las obras constructivas de la Presa de Albacón un Proyecto inicial licitado y dos ulteriores modificados, uno provisional y otro definitivo por lo que la imputación de los dos siguientes Proyectos al principio de riesgo y ventura del contratista implicaría la contravención del principio que veda el enriquecimiento injusto de la administración reiteradamente declarado por nuestra jurisprudencia. Recordemos que ya en las Sentencias de 20 de Diciembre de 1983, y 2 de Abril de 1986, se sentó la doctrina de la

para la ejecución de la obra, lo que desde luego puede hacerse lícitamente pero genera derecho a indemnización. 3º) Por lo que se refiere al sobre coste por cambio de firme, se estima que la argumentación de la Comunidad autónoma no puede acogerse, no solo porque como se ha dicho no se cita el precepto infringido, sino también porque de haberse producido alguna infracción ésta sería la de haber cometido error en la apreciación de la prueba, lo que no se alega por la parte. Pero lo cierto es que como insinúa más que declara (y ello con toda corrección) la Sentencia recurrida, el perito desbordó el ejercicio de sus funciones al expresar en su informe que no procedía la reclamación por este concepto, pues no era de su incumbencia pronunciarse sobre los derechos y obligaciones debiendo limitarse estrictamente a emitir su informe sobre cuestiones técnicas. De todas formas respecto a este punto lo que aprecia la Sentencia recurrida es que existió una concurrencia de culpas, pues la Administración decidió el cambio de firme que dio lugar al sobre coste cuando ya no era tiempo hábil para ello. Pero por otra parte la contratista no informó sobre el tipo de tratamiento de áridos que iba a utilizar. En función de ello el Tribunal a quo acoge solo parcialmente la reclamación presentada, y al actuar así no quebranta precepto ni principio ninguno.

³⁶⁴ Ver S.T.S. de 9 de Marzo de 2005, Ar.9095, N° de Recurso: 4267/2001, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO. Se reputa infringido el Art.46 de la L.C.E., que estatuye que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (Sentencia de este Tribunal de 4 de Mayo de 1999). El recurso lo centra en la modificación de precios de los hormigones por el concepto de áridos. Vuelve a insistir en la inhabilidad de la cantera ya mencionada anteriormente así como en que su obligación era de resultado debiendo asumir los mayores costes derivados de la presencia de sericita en determinados áridos de la segunda cantera presentada por el contratista. Manifiesta que incluso la mera referencia a "alteraciones en la utilización de áridos no rebasa los límites del riesgo y ventura que asume el contratista". Otro motivo se refiere a la modificación de precios de los hormigones por el concepto de "dosificación de cemento". Reitera que si el contratista no hubiera incumplido su obligación de fabricar hormigones con la resistencia característica exigida no hubiere surgido la necesidad de aumentar la dosificación de cemento. Defiende que el cemento no constituye en sí mismo una unidad de obra diferenciada. Continúa con explicaciones similares (obligación de resultado, no distinción en el proyecto si se usaba o no explosivos,...) ahora referidos a la modificación de precios de "excavación en roca" con los argumentos ya consignados respecto este apartado de precios.

exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto tesis plenamente acreditada en la cuestión litigiosa. Procede, por tanto, al igual que en nuestra Sentencia de 29 de Septiembre de 2004, no acoger los motivos.

El argumento se vuelve a usar sin éxito por la Administración en un asunto de 22 de Abril de 2008³⁶⁵. En primer lugar se discutía la infracción, por inaplicación de los Arts. 137 y siguientes del R.G.C.E., que abordan la regulación de los modificados de los contratos firmados de mutuo acuerdo pues, según la recurrente, el "sobrecoste" al que se refiere el contratista resulta de las nuevas unidades de obra realizadas por encima de las contenidas inicialmente en el proyecto original, ya que todos los "sobrecostos" que se imputan al mantenimiento del material durante la supuesta interrupción de los trabajos por hallazgo de restos arqueológicos o retraso en la obtención de licencias, quedó demostrado que no existieron por cuanto ninguno de dichos retrasos impidieron al contratista seguir trabajado, amortizando, por lo tanto, su inversión de material y mano de obra. Con este razonamiento además, se pone en tela de juicio la profesionalidad del contratista, quien, según la recurrente debería saber como cualquier constructor con un mínimo de experiencia que un inmueble a rehabilitar en pleno centro historio de Zaragoza plantea problemas de desvío de tráfico, conexiones eléctricas y telefónicas de otros edificios o generales problemas derivados de las relaciones de vecindad con otros edificios.

El Supremo transcribe la primera parte del fundamento jurídico tercero de la Sentencia recurrida: "TERCERO: Durante el ejercicio de las obras se introdujeron diversos cambios en los dos proyectos, lo que supuso un importante incremento del precio de aquéllas, que pasó en cuanto a los trabajos de reforma del Edificio Maristas de 925.000.000 ptas., a 1.277.714.288 ptas., y en cuanto a los de las instalaciones de 742.240.589 ptas., a 943.628.434 ptas. Ello nos sitúa ante unas obras no previstas en el contrato, que precisaban de la oportuna modificación de proyecto y del presupuesto correspondiente, habiéndose convalidado el mayor gasto que suponían por acuerdo del Gobierno de Aragón de 23 de Diciembre de 1997, tras lo cual se formalizó la correspondiente modificación del contrato por documento del día 26 de dicho mes y año. Como la realización de las mentadas obras no previstas en el contrato contraviene lo dispuesto en la cláusula 62 del P.C.G.A., para la Contratación de las Obras del Estado, aprobado por Decreto nº 3854/1970, es claro que tal situación ha de resolverse "no aplicando, sin más, las normas previstas para los supuestos de normalidad y legalidad, y si aplicando esas normas, en cuanto por analogía sean aplicables y aplicando los criterios de equidad, evitando el enriquecimiento injusto o el perjuicio injusto para alguna de partes, buscando en definitiva el oportuno equilibrio y siempre de

³⁶⁵Ver S.T.S., de 22 de Abril de 2008, Ar.3986, Nº de Recurso: 2105/2006, Ponente: D. ENRIQUE LECUMBERRI MARTI. Por "Construcción y Gestión de Servicio, S.A." (C.G.S., S.A.) se interpuso recurso en el que se pretendía que se le abonasen dos indemnizaciones, una por los mayores costes soportados en la realización de las obras del "Proyecto de ejecución, mejora y ampliación del Edificio Maristas para sede de los Servicios Administrativos de la Diputación General de Aragón y otra en concepto de coste de financiación de las obras del "Proyecto de Instalaciones, Electricidad, Comunicaciones Integradas, Seguridad y Climatización del Edificio Maristas para sede de los Servicios Administrativo del Gobierno de Aragón". La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J., de Aragón dictó Sentencia el 23 de Enero de 2006, cuyo fallo condena a la Diputación General de Aragón a que abone a la entidad actora la suma en cuantía de 54.238.361 ptas.

acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso, pues como ha hecho esta Sala en Sentencias de 28 de Octubre de 1997, y 11 de Mayo de 2004, en las que se declara, en supuestos similares al de autos, en el que se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración, que el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial". (Sentencia del T.S., de 2 de Julio de 2004)."

Señala el T.S., que el cuarto y quinto motivo de casación deben ser analizados conjuntamente, pues ambos se sustentan en la infracción del principio de ejecución de los contratos a riesgo y ventura del contratista, y de la teoría de la *compensatio lucri cum damno*, con la invocación de los Arts. 98 y 144 del Texto Refundido de la Ley de Administración Pública, 46 de la antigua Ley de Contratos, 132 del R.G.C.E., y Jurisprudencia de nuestra Sala. En la articulación de estos motivos, insiste la parte recurrente en que la aprobación de la liquidación de los modificados representó para el contratista el cobro de todas y cada unas de las unidades de obra realmente realizadas, esto es, las incluidas en el proyecto inicial y las posteriores surgidas de nuevas necesidades, pues, en su opinión, los demás alegados "sobrecostes" tienen cabida en el riesgo y ventura a cargo del contratista en la ejecución de las obras, dado que para el recurrente le resulta clara la falta de fundamentación de los mismos tanto en los mayores costes indirectos, como a los gastos generales y a la obra no ejecutada. Es un hecho incuestionable declarado como probado por la Sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto de su Sentencia que "En la ejecución de las obras de reforma del Edificio Maristas surgieron incidencias que provocaron la ampliación del plazo de realización de los trabajos (se iniciaron el 24 de Noviembre de 1994, y tenían previsto un plazo de ejecución de doce meses), tales como el retraso por la parte de la Diputación General de Aragón en obtener la licencia de obras correspondiente a la denominada 2ª fase, las características del suelo que obligó a introducir cambios y la adjudicación del proyecto de instalaciones en fecha 2 de Agosto de 1996; como las obras terminaron en Noviembre de 1997, ello acarrió mayores costes para "Construcción y Gestión de Servicios, S.A." que no debe soportar, habiéndose atenuado y flexibilizado por la jurisprudencia el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, de forma que en supuestos como el presente procede admitir la pertinente indemnización a fin de obtener la mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes.", por lo que la Administración al introducir en el ejercicio de su *ius variandi* diversos cambios en el proyecto de ejecución, mejora y ampliación del edificio de los Maristas se produjo una alteración contractual que quiebra con el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista, al contravenir la Administración el tenor del contrato, produciéndose una alteración en su ejecución, convenida por ambos.

Al mes siguiente se prima el deber de indemnizar los daños a un contratista por una modificación del proyecto impuesta por la Administración que también alegaba el riesgo y ventura para eludir su deber de pagar esos daños³⁶⁶. El Supremo da la razón a la

³⁶⁶ Ver S.T.S., de 16 de Mayo de 2008, Ar.5278, Recurso de Casación núm. 328/2006, Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 26-11-2005, Sentencia desestimando el recurso interpuesto por «FERROVIAL AGROMÁN, S.A» contra Resolución del Secretario de Estado de Aguas y Costas, sobre reclamaciones presentadas relativas a indemnización por daños catastróficos sufridos en las obras realizadas para mejorar la seguridad de la Presa de los Molinos y su aliviadero (Badajoz/Hornachos). La actora, hoy

parte recurrente. La Sala de instancia³⁶⁷ señala que se infringe aquel Art. 99 de la Ley 13/1995, invocado en el primero de los motivos de casación al aplicar en su Sentencia el

recurrente en casación, resultó adjudicataria en Diciembre de 1999, de las obras para la mejora de la seguridad de la Presa de Los Molinos y su aliviadero; obras cuya mayor parte habían de realizarse en la vaguada de éste y requerían, por tanto, la ausencia de vertidos. Por ello, el Pliego de Bases para el Concurso de Proyecto y Obra establecía la necesidad de que los concursantes presentaran un Plan de Explotación del embalse durante la ejecución de las obras. En el presentado por la adjudicataria como anexo a la Memoria del Proyecto se advertía que incluso para las avenidas de un período de retorno muy bajo (5 años) y por lo tanto con una probabilidad de presentación muy alta (36%) en una obra cuya duración prevista era de dos años, los vertidos por aliviadero eran inevitables salvo que se mantuviera la presa por debajo de la cota 341,00 en el período de máxima presentación de avenidas, lo que suponía un volumen de embalse de 10,14 Hm³. El Proyecto correspondiente a la oferta seleccionada, la de la actora, fue aprobado técnica y definitivamente por resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas de fecha 16 de Diciembre de 1999; tras lo cual, se adjudicó el concurso por resolución del siguiente día 28; se firmó el contrato el 18 de Enero; y se levantó el acta de comprobación del replanteo y dieron comienzo las obras el 18 de Febrero de 2000. Dado que la opción de mantener el embalse a cota 341,00 suponía, como antes se ha dicho, un volumen de partida de éste de 10,14 Hm³, y dejaba fuera de servicio la toma superior de abastecimiento situada en la cota 345,00, la Administración decidió, para garantizar el abastecimiento y la calidad de las aguas que tenía que suministrar a la Mancomunidad de Los Molinos, mantener el embalse según sus Normas de Explotación, es decir, a cota 347,00 (23,62 Hm³) en las épocas de mayor riesgo de presentación de avenidas. Ello suponía un resguardo disponible, esto es, un volumen disponible para laminación de avenidas hasta el nivel del aliviadero (cota 350,00) de 10,03 Hm³, claramente insuficiente teniendo en cuenta que la avenida de 5 años de período de retorno presenta un Hidrograma con un volumen total de 22 Hm³. Sobre esa decisión de mantener la cota del embalse a 347,00, la Sala de instancia sólo dice que se reflejó en órdenes expresas y verbales, no por escrito; y que se adoptó sin la tramitación de un expediente al efecto. En este punto, el estudio de los elementos de juicio aportados al proceso no descubre algo distinto ni más datos de interés. Los volúmenes de las avenidas -dice dicha Sala- registradas del 12 al 15 de Enero y del 5 al 11 de Marzo de 2001, (20,5 Hm³ en el primer caso y 25 Hm³ en el segundo) y los volúmenes que hubiera sido posible desaguar por desagües de fondo durante las mismas (en torno a 6 Hm³ en ambos casos) muestran que a cota 341,00 los vertidos por aliviadero no se hubieran producido, pues a esa cota aquel volumen disponible para laminación de avenidas era de 23,51 Hm³. Los volúmenes de las citadas avenidas, con la cota del embalse a 347,00, provocaron el llenado completo de la presa y la necesidad de realizar vertidos por aliviadero desde la madrugada del día 12 hasta la madrugada del día 15 de Enero de 2001, reproduciéndose esta situación desde la madrugada del día 5 de Marzo del mismo año. Tales vertidos causaron daños diversos (en las unidades de obra ya ejecutadas o en ejecución, en las instalaciones auxiliares y materiales, y por paralización de las obras) que dieron lugar a que la contratista presentara las correspondientes reclamaciones los días 1 de Febrero y 22 de Marzo de 2001. El Consejo de Obras Públicas emitió dictamen con fecha 28 de Febrero de 2002, en el que reconocía el derecho de la contratista a ser indemnizada en la cantidad de 423.772,10 €. La Abogacía del Estado emitió informe también favorable, estimando no obstante que la partida "daños por paralización de la obra" no podría incluirse en la indemnización si ello "representara el pago de algo que aún no se ha ejecutado". En cambio, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió el suyo el día 5 de Septiembre de 2002, en sentido desfavorable, al entender que no estamos ante circunstancias de fuerza mayor y sí ante una modificación del proyecto consentida por el adjudicatario, que no puede desvirtuar el principio de que el contrato de obras se ejecuta a riesgo y ventura del contratista. Por fin, la resolución impugnada en el proceso, dictada el 27 de Diciembre de 2002, por el Secretario de Estado de Aguas y Costas, mostrándose de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado desestima aquellas reclamaciones.

³⁶⁷La Sentencia recurrida desestima el recurso Contencioso-Administrativo y, por tanto, la pretensión de la actora de que fuera declarado su derecho a ser indemnizada en aquella cantidad de 423.772,10 €, más los intereses legales de la misma desde la fecha de interposición del recurso. Lo hace al considerar, en síntesis, que aquella elevación de la cota implicó de facto una modificación de las condiciones de explotación de la presa contenidas en el Proyecto; modificación que no resultaba vinculante para la actora, que pudo oponerse a ella e incluso resolver el contrato, lo que no hizo; que de esta forma vino a aceptar tácitamente dicha elevación con el aumento del riesgo que ello implicaba; que no consta oposición alguna de ella durante el tiempo que transcurrió desde el inicio de las obras hasta que tuvieron

principio de riesgo y ventura a las consecuencias derivadas de una alteración contractual que decidió unilateralmente la Administración en contra de una advertencia expresa que la contratista había reflejado en el proyecto que la propia Administración aprobó. De entrada, el principio de conservación de los contratos válidamente pactados, que restringe su posible resolución a los supuestos en que se pone de manifiesto una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones principales o un hecho obstativo que lo impide definitivamente; unido también al interés público insito en el objeto y causa de un contrato como el que nos ocupa, arrojan una primera conclusión: la postura más acorde a todo ello, a observar por la contratista una vez que la Administración decidió tras la perfección del contrato mantener la cota de 347,00, no era la de instar sin más su resolución, sino la de procurar la ejecución de las obras, pues esa decisión no impedía ésta y sólo acarreaba como consecuencia un mero aumento del riesgo. De otro lado, el riesgo jurídicamente asumido por la contratista era el que pudiera derivar de su propia conducta contractual; en concreto, y por lo que hace al evento origen del litigio, el que pudiera derivar del error de cálculo con que hubiera hecho las previsiones que determinaron el Plan de explotación que proponía como anexo a la Memoria de su Proyecto. Su clara advertencia de que la cota debía mantenerse a 341,00 y de los riesgos que conllevaba una mayor; la aprobación de su Proyecto por la Administración, con lo que ello significa o debe significar de dar por buena esa apreciación de que una cota mayor podría hacer inevitables los vertidos por aliviadero; y el origen o carácter unilateral de la decisión por la que la Administración ordenó mantener la cota a 347,00, configuran un conjunto de circunstancias que obligan a trasladar a ésta y no a aquélla el mayor riesgo derivado de esa unilateral decisión posterior. Si la buena fe es un principio rector del ejercicio de los derechos y, en especial, de las consecuencias a que deba conducir el cumplimiento de una relación contractual, no parece posible en un caso como el de autos llegar a una conclusión distinta de la que acabamos de afirmar. Por fin, la jurisprudencia de este T.S., abona también la conclusión que alcanzamos. Así, en palabras de su Sentencia de 14 de Mayo de 2001 (R.J. 2001, 4478), que a su vez cita las de 29 de Septiembre de 1977 (R.J. 1977, 3552), 21 de Marzo de 1983 (R.J. 1983, 3255), 27 de Abril de 1987 (R.J. 1987, 4763) y 5 de Junio de 1991 (R.J. 1991, 4862), el principio de riesgo y ventura del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución. Y en palabras de la de fecha 24 de Diciembre de 1997 (R.J. 1997, 9622), el riesgo que asume el contratista no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio

lugar aquellas avenidas; y que, por ello, "esa aceptación tácita permite que siga desplegando sus efectos el principio de que el contrato de obras se ejecuta a riesgo y ventura del contratista y al haber asumido éste el riesgo que implicaba la elevación de la cota, no cabe ahora trasladar a la Administración el daño que haya podido sufrir por los vertidos realizados a consecuencia de dichas avenidas, que no pueden conceptuarse como fuerza mayor". Frente a esa Sentencia formula la actora hasta un total de cinco motivos de casación. En síntesis, se argumenta que la Sentencia recurrida percibe incorrectamente el alcance que ha de atribuirse al principio de riesgo y ventura, pues el contratista no asumió el riesgo de ejecutar la obra con aquella mayor cota, limitándose a obedecer la decisión del organismo administrativo competente y de la Dirección Facultativa; que la decisión de elevación de la cota no encaja propiamente en los supuestos que la citada Ley menciona como de modificación del contrato de obras; que tal decisión era vinculante y obligatoria para el contratista; y que una decisión como esa no se subsume entre las causas posibles de resolución de tales contratos. Y el quinto, que no es en realidad un motivo de casación, defiende como acreditado y correcto el importe de la indemnización reclamada.

por la Administración de su *ius variandi*, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas³⁶⁸.

6.3.3. Casos donde se reconoce derecho a indemnización al contratista.

En primer lugar nos encontraríamos con una amplia serie de casos donde el Supremo reconoce el derecho a una indemnización.

El guión de estos supuestos viene muy bien sintetizado en un fallo de 1987³⁶⁹ y sería más o menos el siguiente:

- 1º) Resulta probada la ejecución por el contratista de un exceso de obras (imprevistos), ya que aunque no les fueran formalmente adjudicadas, si consta que las realizara.
- 2º) Se ha producido un impago que produciría un enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento demandado, por lo que, como señala la Sentencia, han de encontrar encaje adecuado en la previsión que contempla el Art. 1.593 del C. Civil, por el resultado de aumento de obra que supone, en relación con el Art. 127.2.2 del R.S.C.L.

³⁶⁸ Estimado el recurso de casación y situados por tanto en la posición de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que se planteo el debate, sólo restan por examinar las siguientes cuestiones a la vista de lo que la Administración demandada alegó en su escrito de contestación a la demanda: A) La diligente actitud de la contratista. Cuestión, ésta, que en el caso de autos no debe excluir ni minorar la indemnización reclamada por la actora, coincidente con la que consideró debida el Pleno del Consejo de Obras Públicas en su dictamen de 28 de Febrero de 2002. Es así, porque en el escrito de contestación a la demanda no llegan a ofrecerse argumentos que pongan de relieve una actitud negligente, ni ésta se desprende de lo que leemos en el expediente administrativo; y porque en ese dictamen se dice también, a la hora de justificar la indemnización que se considera debida, que "el contratista minimizó los daños, retirando los equipos y materiales susceptibles de ser retirados, o bien, no se le reconoce indemnización por daños en aquellos que no retiró pudiendo hacerlo". B) La presentación en plazo de las reclamaciones. Cuestión que merece también una respuesta afirmativa, pues el plazo de veinte días a que se refería el Art. 133 de aquel R.G.C.E., había de contarse "desde la fecha final del acontecimiento". Por tanto, si los vertidos causantes de los daños acontecieron del 12 al 15 de Enero y del 5 al 11 de Marzo de 2001, y si las reclamaciones se presentaron los días 1 de Febrero y 22 de Marzo de ese año, claro es que no cabe hablar de reclamaciones extemporáneas. Y C) La relativa al *quantum* indemnizatorio. Cuestión en la que también debemos dar la razón a la parte actora, pues amén de lo anómalo que resulta el hecho de que la Administración discuta el importe de la indemnización con sustento en el voto particular de uno de los Consejeros de aquel Consejo de Obras Públicas, dejando así de aceptar el parecer mayoritario de éste, es lo cierto, de un lado, que el escrito de contestación a la demanda no traslada argumento alguno convincente para excluir de la indemnización las cantidades reflejadas en la partida "daños por paralización de la obra"; y, de otro, que siendo así que los vertidos causaron daños en unidades de obra ya ejecutadas o en ejecución que, consiguientemente, hubieron de ser ejecutadas de nuevo, deviene correcto, tanto la aplicación del 13% de gastos generales, como la actualización mediante la revisión de precios vigente para el contrato en cuestión.

³⁶⁹ Ver S.T.S. de 27 de Julio de 1987, PONENTE: Excmo. Sr. D. Joaquín Salvador Ruiz Pérez. Los herederos de la Empresa Eloy Díaz Sánchez, reclamaron en 12 de Febrero de 1985, del señor Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Arucas, el abono de la cantidad de 6.007.223 ptas., por razón de obras realizadas por encargo del citado Ayuntamiento, a cuya reclamación el citado Organismo no contestó, estimándose denegada presuntamente la solicitud formulada. Contra los anteriores Acuerdos los herederos interpusieron recurso ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Las Palmas, que condenó al pago al Ayuntamiento.

Vamos a desarrollar este sencillo esquema. Efectivamente, para que el contratista tenga derecho a ser indemnizado es razonable que se le exija que pruebe que ejecutado unas obras conforme a los deseos de una Administración pública³⁷⁰ y los hechos han de acreditar que han existido unas modificaciones³⁷¹.

³⁷⁰Esa prueba queda subrayada en la S.T.S. de 2 de Julio de 1990, Ar.5802, Ponente: D. JUAN VENTURA FUENTES LOJO. Por Orden ministerial de 10 de Diciembre de 1976, se adjudicó la adquisición e instalación de una guía-onda y accesorios con destino a las instalaciones de microondas de Lagar de la Cruz (Córdoba), Matadeón y Redondal (León), Meda (Orense) e instalación de una antena parabólica y guía-onda en la estación de Santiago de Compostela. Ha de puntualizarse también que el 13 de Abril de 1981, el recurrente solicitó de R.T.V.E., en concepto de daños y perjuicios, entre otros, por el derecho a que le sea abonada la obra ejecutada fuera de contrato y que asciende a 4.310.278 ptas. La Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en 15 de Septiembre de 1986, estima en parte el recurso interpuesto por el contratista contra la desestimación presunta por el ente público RTVE de las peticiones formuladas, y declara que dicho ente público viene obligado a pagar al referido recurrente 4.066.300 ptas., por la obra adicional ejecutada, condena ratificada por el Supremo.

³⁷¹En la S.T.S. de 17 de Octubre de 1989, Ar.7375, Ponente: D. ANTONIO BRUGUERA MANTE, la entidad mercantil «Norca, S.A.», interpuso recurso ante la Sala de la antigua Audiencia Territorial de Valencia, contra los acuerdos adoptados por el Pleno de la Diputación Provincial de Valencia, de fechas 23 de Marzo y 20 de Junio de 1984, refiriéndose el primero a la determinación de oficio de los importes de obra ejecutada y pendiente de ejecutar, así como los perjuicios causados a la misma por nueva contratación de obras para las de construcción de una "Casa de la Cultura" en el Municipio de Albalat de la Ribera (1.a fase), adjudicadas a "Norca, S.A."; dictando otra en su lugar en la que se reconozca el derecho a percibir los importes de las obras ejecutadas, gastos y daños causados por dicha adjudicación, por importe total de 6.601.444,32 ptas. El Tribunal dictó Sentencia el 18 de Marzo de 1988, cuyo fallo estima en parte el recurso, y los anula cuanto no reconocieron a la empresa actora la reclamación por importe de 1.515.111,16 ptas. En la Sentencia de instancia se concluye que procede estimar la reclamación de la actora en cuanto a la referente a los gastos efectuados para recubrir de pintura antioxidante las vigas de hierro, cuya pintura se considera necesaria en las construcciones de esta clase para evitar la corrosión, en lo que coincide el Perito designado, en su informe pericial, así como en la certeza del importe de ese material evaluado en la suma de 270.731,16 ptas. Además, la Dirección Facultativa nunca se opuso a la reclamación por este concepto, por lo que hay que presumir la certeza de los hechos en que se funda esta reclamación. Asimismo, también debe aceptarse la petición de la actora respecto los gastos por instalación eléctrica para acometida de la obra por importe de 119.025 ptas., abonadas por la empresa, pues aparece demostrado que, a falta de pacto en contrario, como sucedía en este caso, al no especificarse nada en este extremo en el P.C.A.P., debe ser la propiedad quien corra con tales gastos y así lo manifiesta el Perito judicial al informar sobre este extremo. Este criterio aparece confirmado por el hecho de que la acometida inicial se efectuó por el Ayuntamiento, en cuyo favor se realizaba la Casa de la Cultura, autorizando el enganche desde el matadero municipal, y, posteriormente, al interrumpirse y conectarse nuevamente, consta por el informe de Hidroeléctrica que el Alcalde de este Ayuntamiento manifestó su deseo de hacerse cargo de los gastos de reposición de dicho suministro, así como del pago de los recibos pendientes y de los nuevos que se facturarán hasta la conclusión de las obras. Finalmente, respecto al concepto correspondiente al importe por los gastos del llamado proyecto reformado adicional, reconocido por la Diputación, y que surgió con motivo de necesidades de cimentación al principio de las obras, por dicha Corporación se manifiesta, a través de su Dirección facultativa, que sólo se ejecutaron obras por valor de 1.125.355 ptas., del total presupuestado de 1.214.572 ptas., y aunque la actora insiste en que se realizó la totalidad, hay que entender como predominante lo afirmado por el técnico de la Diputación que efectuó las mediciones correspondientes para llegar a dicho resultado. El Supremo acepta la Sentencia apelada ya que: a) El capítulo relativo a la pintura antioxidante de las vigas de hierro pudo y debió repercutirse a la Diputación porque dicha pintura antioxidante se hubo de utilizar al haber sido necesario sustituir por vigas de hierro las de cemento del proyecto, lo que no fue culpa del contratista ni debido a morosidad del mismo en la entrega, como la Diputación pretende, pues, como dice en su final el segundo fundamento jurídico de la recurrida, el cambio o sustitución por hierro de las vigas de cemento produjo «el consecuente retraso justificativo en la terminación de las obras», y este retraso no puede atribuirse al contratista, b) Las razones del Fundamento

La prueba de esa voluntad de la autoridad pública se puede concretar de muchas maneras.

Vale perfectamente la prueba pericial como se ve en casos de 1992³⁷² y 1993³⁷³, donde el T.S. señala que con las inconcretas alegaciones del Ayuntamiento apelante no

de Derecho 6.º de la Sentencia apelada justifican plenamente el cargo a la Diputación de los gastos por instalación eléctrica. Y c) Resulta también inasumible la pretensión de la demandada de que los gastos del llamado proyecto reformado adicional corran a cargo de la constructora, pues basta ver lo que dice sobre esto el Fundamento de Derecho 7º de la recurrida, en nada desvirtuado, para apercibirse de lo contrario.

³⁷² Ver S.T.S. de 12 de Marzo de 1991, Ar.1987, Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo. El Ayuntamiento de Laredo discrepa de la Sentencia, ya que la ampliación de obras realizada por el constructor es decisión unilateral del mismo, que no ha significado mejora para el Ayuntamiento y que en el apartado 26 del Pliego de Condiciones ya se decía que no habría revisión de precios sino que se abonarían los convenidos. Se ha dicho en repetidas ocasiones -Sentencias de 20 y 23 de Octubre de 1987 (R.J. 1987\8679 y R.J. 1987\8749)- que la revisión de precios en cuanto atenuación del principio -tal vez riguroso- de riesgo y ventura es un instrumento para lograr el equilibrio financiero de los contratos administrativos; pero a veces la aparición de acontecimientos no previstos determinan una ruptura de ese equilibrio que reclama soluciones tampoco previstas en el Pliego de Condiciones. En efecto, casi desde un principio el contratista ha puesto de manifiesto al Ayuntamiento la producción de notables diferencias en relación con el Acta de Replanteo, Presupuesto y Proyecto, lo que originaba más obra de la proyectada y presupuestada y un déficit económico en su contra. El Abogado del Estado, que, en principio iba a asumir la defensa del Ayuntamiento, así lo reconoció en escrito ante la Sala de Burgos y puso de manifiesto que, pese a los informes técnicos favorables o al menos confirmatorios de lo alegado por el contratista, la Corporación Municipal claramente intentaba dar largas al asunto con excusas pocas o nada plausibles. La prueba pericial practicada en los autos es verdaderamente demoledora de la tesis municipal. En síntesis, dice que el Director de la obra tuvo de siempre la preocupación de ir ajustando la obra con la solución técnica-económica más adecuada a las circunstancias e imprevistos que iban surgiendo durante la ejecución de la misma, no imputables al constructor, sino más bien a deficiencias del proyecto y que, no obstante la actitud dilatoria municipal, por otra parte se conformaba con las decisiones adoptadas por el Director y quedaba comprometida con las consecuencias económicas de las mismas, según se deduce de los informes estudiados en su pericia. Pero además, deja bien claro que la ampliación de obras realizada supuso una mejor necesaria del proyecto, y su precio es, absolutamente correcto y normal.

³⁷³ Ver S.T.S., de 29 de Enero de 1993, Ar.426, Recurso núm. 5603/1990, Ponente: Excmo. Sr. D. José María Reyes Montereal. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., de Cataluña, dictó Sentencia, en 5/4/1990, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la entidad «Benso, SA» contra la desestimación presunta por silencio administrativo por parte del Ayuntamiento de Ascó (Tarragona) de la petición formulada por la recurrente sobre aprobación y abono de precios contradictorios 1 a 110 correspondiente a las obras de construcción de nueva Casa Consistorial y revisión de precios, anulando la referida resolución y declarando el derecho de la recurrente a percibir 17.573.905 ptas. a la que estiman ascienden las señaladas obras. Del examen del expediente administrativo y prueba practicada se desprende: a) Que llevado a cabo el derribo de la antigua Casa Consistorial se constató la discordancia existente entre la realidad física del solar y el proyecto, lo que obligó a la Dirección Facultativa a redactar unos planos esquemáticos de distribución y acotamiento de plantas del edificio para adaptarse con mayor exactitud a las características del solar (extremo 2 del informe pericial), planos que diferían de los iniciales del proyecto adjudicado, de forma que mientras que en los planos del proyecto adjudicado, las disposiciones de las medianeras con los edificios colindantes son alineaciones rectas y quiebras conforman los límites del solar objeto de la construcción desapareciendo el paralelismo de las medianeras para ofrecer unas alineaciones que en líneas generales se abren hacia la calle Trinquete (extremo 2.c del informe pericial), observándose un desnivel de la calle Trinquete respecto a la cota 0, situada en la calle Hospital de 7,54 metros, en lugar de los 9,20 previstos en el proyecto -lo cual supone una variación del 17,2826% respecto al desnivel grafiado en el proyecto-, siendo la altura de la cornisa del edificio sobre dicha cota cero de 11,52, en lugar de 11,32 -lo cual supone una variación de 1,7667% respecto al nivel grafiado en el proyecto (extremo 2 A y B del informe pericial); b) Que respecto a la obra proyectada, la obra realizada presenta diversas diferencias, de forma que, sin perjuicio de la mayor concreción llevada a cabo en el dictamen pericial, se aprecia que se remodelan las escaleras de acceso desde la planta baja

puede darse por cumplida su obligación de hacer la crítica de la Sentencia cuya revocación pretende, porque, en casos como el presente, en contra de lo que se aduce, la decisión jurisdiccional tenía que influenciarse por lo que pericialmente se dictaminara, siendo por ello por lo que no se puede reprochar a la Sala Sentenciadora que se limitara a aceptar el informe del perito actuante sobre los factores de hecho constitutivos del *sustratum* de lo que, frente a la Administración, fue postulado en la vía jurisdiccional, pues para que prospere ese alegato es necesario que, frente a lo que por tal pericia fue apreciado, se acredite cumplidamente que tanto los datos ponderados como las conclusiones deducidas por ella y por el Tribunal *a quo* no correspondían a la realidad, por lo mismo que aquélla no es más que uno de los medios probatorios cuya valoración, conforme a las reglas de la sana crítica, compete exclusivamente al juzgador, con tal de que razone por qué acepta o rechaza lo concluido por el perito, y la verdad es que en esta ocasión dicha condición no se cumple, y, por consiguiente, para combatir su decisión, como hace ver la representación del apelado, no podía la Administración que apela limitarse a plantear determinadas dudas, pues su planteamiento no equivale ni suple a la necesidad de probar, expresa y precisamente, que se había incidido en un manifiesto error o que se había decidido sin estar aclarados los puntos supuestamente dudosos, los que, ante todo, para aquélla consiste en si la modificación de las obras inicialmente previstas se había o no producido antes de la recepción provisional de ellas -por cierto, alegando que, cuando, a su instancia, se solicitó del perito aclaración del dictamen, éste manifestó que no lo sabía-, y, en el mismo orden de cosas, si la mutación fue consecuencia o no de la unilateral voluntad del contratista, pero es el caso que el propio dictamen pericial daba base suficiente para que en primera instancia fuera estimada la pretensión del actor y ha de darla, por lo que a esta segunda se refiere, ya que como tiene por finalidad la impugnación de lo jurisdiccionalmente resuelto, tenía que haberse demostrado, y no lo fue, que lo que debía adverarse por aquel medio de prueba era todo lo contrario; a lo que necesario es añadir la intrascendencia que para el caso tiene la circunstancia, también alegada, de que el Pliego de Condiciones resulta que el contrato se ejecutaría a base de un precio convenido porque, no obstante esa resultancia, el debate no se plantea en relación con las obras que inicialmente fueron objeto de aquél sino respecto de las que, por posteriores a su fecha, no pudieron tenerse en cuenta para, en consideración también a ellas, cuantificar el precio de la total ejecución.

hasta el sótano primero, se cambia la distribución inferior en casi todas las plantas (en las plantas semisótano 1 y 2 se llevan a cabo variaciones si bien mínimas, en la planta baja varía la localización del cuarto de limpieza y el cuarto de teléfonos, así como el diseño del muro lateral de cerramiento en el acceso al edificio, en la planta primera, la Sala de Permanentes, Servicios de Hombres y Mujeres, cuarto de limpieza, hueco ascensor, archivo y Secretaría General, suprimiéndose los trasteros y planteándose una nueva distribución en el sector del Secretario del Ayuntamiento, y en la planta segunda, se modifica la disposición de las terrazas), modificaciones que aparecen recogidas en los planos sin firmar anexos a la proposición de prueba, y que suponen en unos casos un mayor coste que las obras similares previstas en el proyecto, y en otros casos costes no previstos en el proyecto. De lo expuesto se desprende, en consecuencia, que, ciertamente, y como señala la parte recurrente, se realizaron efectivamente obras no previstas inicialmente en el proyecto, las cuales fueron autorizadas u ordenadas por la Dirección Facultativa de las obras (véase el dictamen pericial), y cuyo precio aquí se reclama.

También lo son la testifical e indiciaria como queda demostrado en un caso de 1992³⁷⁴. El Tribunal Supremo dice que la crítica de la Sentencia de instancia³⁷⁵ se

³⁷⁴ Ver S.T.S. de 23 de Abril de 1992, Ar.3931, Recurso núm. 1669/1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. En el año 1984, el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA)-hoy sustituido por el organismo autonómico Instituto Andaluz de Reforma Agraria (IARA)-, se comprometió a sufragar los gastos que ocasionara la construcción del Parque de Esparcimiento y Recreo de Salobreña. El proyecto del mencionado Parque fue realizado por el referido Instituto. Las obras fueron adjudicadas a "V.T., S.A", aquí actora. El proyecto correspondiente, así como el contrato de ejecución de obras, no contemplaba el entubamiento y encauzamiento de la acequia de riego que cruzaba los terrenos sobre los que habría de realizarse el Parque. La adjudicataria realizó las obras de entubamiento y encauzamiento de la acequia. Hasta aquí los hechos indubitados que ambas partes admiten. La polémica surge en relación a quién encomendó -y consecuentemente deberá abonar- las obras últimamente citadas: si el Ayuntamiento a través de su Alcalde y Concejal de Parques y Jardines, como sostiene la recurrente, o el IRYDA, comprometiéndose la Corporación a abonar la diferencia de los tubos, como sostiene la demandada. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., de Andalucía con sede en Granada dictó Sentencia con fecha 22 de Diciembre de 1989, en recurso sobre reclamación de cantidad estimando en parte el recurso interpuesto por «V.T., S.A.» contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Salobreña, adoptado en su sesión del 21 de mayo de 1987, que, asumiendo un informe de la Oficina Técnica Municipal, denegó el pago de una factura por importe de 891.835 ptas., presentada en nombre de la recurrente por la ejecución de una obra de entubamiento de una acequia realizada en el Parque de Esparcimiento y Recreo del citado Municipio; si bien se asumía el pago de las diferencias entre los tubos de 60 centímetros proyectados y los de 80 cms. efectivamente instalados en la obra; y contra el acuerdo de la misma Comisión, adoptado en sesión de 10 de Septiembre del año antes citado, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el anterior; anular los mencionados actos por no estar ajustados al Ordenamiento jurídico y condenar a la mencionada Corporación a pagar a la recurrente la cantidad de 552.795 ptas., (Sentencia apelada) Como motivos de impugnación se aduce que la ejecución de la obra constituye un auténtico contrato administrativo viniendo obligada la Corporación demandada a cumplir su compromiso, en concreto el pago del precio reclamado. Por parte del Ayuntamiento se aduce que el mismo no encargó la obra mencionada, y en su consecuencia, difícilmente puede obligársele al pago, ya que sólo se asumió la obligación de abonar la diferencia correspondiente a la instalación de los tubos conforme antes se indicó; y en todo caso el importe de la obra pretendido por la sociedad actora excede con creces de los realmente efectuados.

³⁷⁵ Se expone que la cuestión antes expuesta deberá resolverse atendiendo a la prueba obrante en autos, con especial trascendencia de la distribución de la carga de la prueba que establece el Art. 1214 del C. Civil, a tenor del cual corresponde la prueba de los hechos a quien los alegue. En relación con ello, la actora, obligada a probar el pacto que afirma realizó con la Corporación, ha acreditado suficientemente, de una parte que realizó la obra (no lo niega la demandada), de otra que el IRYDA ni incluyó el entubamiento y encauzamiento de la acequia en el proyecto de la obra, y consecuentemente no estaba incluida en la contratación realizada, ni encargó posteriormente dicha obra (prueba de testigo, y documental). Ante ello cabe obtener la siguiente presunción: si la obra no se la encargó el IRYDA, y la realizó el contratista (ha de entenderse que no gratuitamente), no cabe otra solución que entender que dicha obra fue encargada por la Corporación demandada. Y ciertamente así resulta de la testifical del técnico que redactó el proyecto y dirigió la obra, circunstancias que le confieren una indudable trascendencia, máxime si tenemos en cuenta que en el momento de evacuar la prueba se encontraba en situación de jubilado, marginando cualquier interés en favor del IRYDA, o de cualquier otro tipo, como se pretende por la Corporación demandada en sus conclusiones. La anterior presunción viene además fortalecida por dos hechos, es decir: Primero.-La propia Corporación reconoce que existió entre ella y "V. T.,S.A" un acuerdo, si bien se añade que el mismo tan sólo se refería a abonar la diferencia entre los tubos que se habían decidido instalar y otros mayores; limitación insólita si partimos, cual se dijo, de que nadie encargó dicha obra, o lo que es igual la instalación de unos tubos más pequeños, lo que obliga a considerar que ese pretendido acuerdo no sólo se refería al extremo interesado sino más bien a la realización de la obra de entubamiento, obviando lo extraño que resultaría que un tercero (el Ayuntamiento) se comprometiera a satisfacer la diferencia de unos mayores tubos que bien pudieron haberse proyectado directamente por quien encargó originariamente la obra. Segundo. Porque no puede olvidarse que el mencionado Parque sería transferido al Ayuntamiento, de ahí el interés de éste en completar una obra, indudablemente necesaria (sería sumamente peligroso la existencia de un Parque

fundamenta, en síntesis, en que la misma ha infringido las normas sobre valoración de pruebas, ya que contiene una relación de hechos probados insuficiente que ha llevado al juzgador a una errónea valoración de las pruebas practicadas -en especial la testifical y la de presunciones- y, en fin, en que se ha incurrido en incongruencia al conceder una partida por beneficio industrial del contratista que no había sido pedida por el recurrente. Hay que partir de la base de que los actos municipales examinados y anulados en esta jurisdicción no rechazaron en forma clara y terminante la reclamación de abono de la factura que se discute, correspondiente al enterramiento o entubamiento de una acequia descubierta que atravesaba los terrenos cedidos por el Ayuntamiento al IRYDA, y en los que se construyó un Parque municipal. El único motivo que causó el rechazo consta en el ap. 3.º del informe de la Oficina Técnica Municipal de 21/5/1987 que la Resolución de 21/5/1987 recogió íntegramente [Art. 43.1 de la L.P.A., de Procedimiento Administrativo de 1958] y consistió en que existía un compromiso entre el Jefe de Parques de IRYDA, el contratista y el Ayuntamiento para la ejecución de la acequia por el IRYDA «pagando, en el peor de los casos, el Ayuntamiento la diferencia entre el diámetro inicial de 60 cm, y el de 80 que se instaló por consejo de la Comunidad de Regantes para obtener un mayor aforo en la acequia» (sic). La existencia de este Acuerdo se acreditó únicamente aludiendo a una simple declaración verbal del alcalde: «Según me manifiesta el señor Alcalde», sin prueba o documentación alguna que avale tal compromiso. Pues bien, a la hora de fiscalizar este acto denegatorio de una obra correctamente ejecutada, y en beneficio del Ayuntamiento, resulta una prueba documental concluyente que ha demostrado que el acuerdo alegado por la Administración municipal no existió: ni el IRYDA, ni la Institución autonómica que le sucedió, reconocen haber encargado, contratado ni, menos aún, abonado al contratista la obra que reclama. No existen, por tanto, los motivos aducidos en el acto administrativo para denegar la petición. Pero, además, el testimonio cualificado del Ingeniero de Montes que redactó el proyecto y dirigió la obra ha aportado al proceso noticia de haber visto y oído que el Alcalde encargó expresamente la realización y ejecución de la obra por cuenta del Ayuntamiento y por sistema de administración (Preguntas 5.ª y 6.ª de la prueba testifical). La fuerza probatoria de esta declaración (Arts. 1248 C. Civil y 659 de la L.E.C.) no queda desvirtuada por la argumentación aducida en contra por la apelante, ya que no se puede aceptar el interés que se alega en el testigo -que no pasa de la mera hipótesis- de descargarse de una presunta responsabilidad que nadie le ha exigido ni tampoco, a la vista de las circunstancias del testimonio emitido, es plausible que la amistad invocada pueda servir de tacha o relativización del citado testimonio. Existen finalmente otros elementos de prueba de los que resulta una participación activa del Ayuntamiento en la ejecución del enterramiento de la acequia (así, apdo. 1.º y 2.º del ya citado informe de la Oficina Técnica Municipal) que vienen a corroborar la veracidad del testimonio aportado, sin olvidar -por último- la validez como prueba de la presunción correctamente formada por el juzgador de instancia, sin que la parte apelante acierte a discutir con eficacia el hecho indiciario o de base ni el enlace preciso y directo efectuado, según lo exigido por el Art. 1253 del C. Civil, por el Tribunal *a quo*.

cruzado por una acequia de riego) pero excluida del proyecto de ejecución; circunstancia que además explica que el Encargado General de Obras del Ayuntamiento estuviera presente en la realización de las obras (hecho reconocido por la Corporación), aunque se quiera referir sólo a su cualidad de conocedor del terreno, actuación tanto más insólita cuando ya existía, en la argumentación del Ayuntamiento, personal Técnico que dirigía la obra. Las anteriores razones llevan a la necesaria conclusión de que la obra fue encargada por el Ayuntamiento, debiendo éste pagar su importe.

Ha sido, en definitiva, ajustado a Derecho el fallo que anuló unos acuerdos que se han revelado carentes de causa y aprecio, con plena corrección, la existencia de elementos de prueba bastantes para condenar al Ayuntamiento a abonar al contratista la obra realizada y no pagada en el Parque municipal.

Esa prueba es evidente si la Administración emitió los correspondientes certificados de obra, como queda patente en:

1º) Una Sentencia también de 1987³⁷⁶. Según el T.S., los motivos aducidos por la Abogacía del Estado en nombre del Ayuntamiento de Leganés no logran desvirtuar la fundamentación jurídica en que se apoya el fallo estimatorio parcial contenido en la Sentencia apelada de 11 de Junio de 1984, porque la estimación de la reclamación que la resolución judicial contiene (pago en concepto de aumento de obra e imprevistos) por importe de 1.069.112 ptas., parte de la realidad que supone la expedición de la certificación de obra en forma y sin contradicción, dato que el informe del Arquitecto municipal ilustra del dato destacable de que la aprobación y pago de las obras a que se refiere la certificación dicha fue aprobada por la Comisión de obras (lo cual supone el reconocimiento de que las obras fueron realizadas) y sólo posteriormente paralizada la actuación administrativa tendente a hacer posible legalmente el percibo de su importe; por ello no existen a lo largo del expediente ningún dato o elemento de juicio que pudiera amparar la postura negativa o de no pago del Ayuntamiento.

2º) Posteriormente en la Sentencia de 13 de Marzo de 1990³⁷⁷, donde también se subraya la existencia de esos certificados se aprovecha para poner de relieve que la Administración no puede ir contra sus propios actos cuando ya ha hecho algunas formalidades que denotan la existencia de un acuerdo de voluntades que apoya la realización de un modificado³⁷⁸. Aquí sólo se discute la obra realizada como consecuencia de una modificación del Proyecto que sirvió de base para la adjudicación de la obra a la empresa accionante, en la convocatoria aprobada al efecto, debido a la ausencia de un acto de aprobación formal de dicha modificación. La Sentencia recurrida se apoya en la no aprobación de ese plus de obra realizada, a pesar de no negar su existencia, y, lo que es más relevante, el que esa obra fue amparada por sucesivas certificaciones expedidas por la dirección facultativa y abonadas por la repetida Administración, excepto la última, a que corresponde la cantidad reclamada por la

³⁷⁶ Ver S.T.S. de 30 de Marzo de 1987, Ar.4163, PONENTE: Excmo. Sr D. Paulino Martín Martín. En fecha 20 de Julio de 1978, "Construcciones Duran Ramos, S.A.", resultó adjudicataria de las obras de urbanización del Barrio de los Estudiantes, convocada por el Ayuntamiento de Leganés.

³⁷⁷ Ver S.T.S., de 13 de Marzo de 1990, Ar.1969, Ponente: D. ÁNGEL MARTIN DEL BURGO Y MARCHAN. Sobre la ejecución de un contrato de obras, para la ejecución de 360 viviendas de protección oficial, con locales comerciales y urbanización del sector. Ante la antigua Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid se ha seguido el recurso promovido por «Constructora de Obras y Pavimentos, S.A.» (Cotos), y en el que ha sido parte demandada Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León, sobre resolución contrato ejecución obras construcción viviendas en polígono Gamonal(Burgos). Dicho Tribunal dictó Sentencia con fecha 25 de Octubre de 1988 desestimando el recurso.

³⁷⁸ En la Sentencia de 9 de Octubre de 2000, se afirma que el exceso en la ejecución de las obras efectivamente realizado y entregado a la administración, a consecuencia de actos de la propia administración o de la Dirección Facultativa de la obra.

empresa: la de 2.704.453 ptas.³⁷⁹. El T.S., explica lo siguiente: “Como no es infrecuente en ordenamientos de largo articulado, no faltan preceptos en la Ley y en su Reglamento de Contratos del Estado, de 8 de Abril de 1965 y 25 de Noviembre de 1975, respectivamente, que abonan a primera vista ambas interpretaciones. Lo que requiere el empleo del análisis adecuado para dilucidar las contradicciones que se producen entre ellas, hasta lograr la solución justa que las supere. Así, tenemos que, en el Ordenamiento mencionado, por un lado nos encontramos con lo dispuesto en el Art. 47 de la citada Ley y Art. 142 de su Reglamento, en los que se dispone que "el contratista tendrá derecho al abono que realmente ejecute con arreglo al precio convenido».

Estableciéndose en su segundo párrafo de este artículo del Reglamento que "a los efectos del pago la Administración expedirá mensualmente certificaciones que corresponda a la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo que se establezca otra cosa en el pliego de cláusulas administrativas particulares». Con un último párrafo en el que se puntualiza que los abonos al contratista resultantes de las certificaciones expedidas tienen el concepto de pagos a cuenta, sujetos a las certificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna aprobación y recepción de las obras que comprenda. Sobre éste último párrafo debe aclararse que la reserva que en él se formula respecto del resultado de "las certificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final» no corresponde a lo acaecido en el supuesto que nos ocupa, en el que, como se dijo antes, el problema no es de variantes en la medición final de la obra, o de otras cuestiones afines, sino el de una obra realmente realizada, pero no aprobada, al obedecer a una modificación del proyecto primitivo, que no obtuvo el refrendo oficial y formal pertinente, con lo cual no se cumple con lo prevenido en el Art. 48 de la repetida Ley y en los Arts. 50, 51, 74, 149 y 155 de su Reglamento. Ahora bien, conscientes de que el requisito de la aprobación administrativa de la modificación de un proyecto de obras es algo más que un simple requisito formalista, puesto que la forma es forma de un acto de voluntad de la Administración, que en definitiva es lo importante, y lo que cuenta, hemos de ver si aquí la ausencia de esa formalidad está cubierta y suplida por hechos y actitudes que impliquen la existencia de una voluntad sobreentendida o implícita, o si existen otros datos y factores influyentes y decisivos en la solución final que en justicia deba adoptarse. En la indagación de estas posibilidades nos encontramos con que, aparte la expedición de las certificaciones del plus de obra, cubierto con las correspondientes certificaciones de la dirección facultativa, y abono de las mismas por parte de la Administración, cuando ésta se pronuncia por la resolución del contrato, como ya dijimos, en su acuerdo de 29 de Octubre de 1985, no sólo lo decreta "sin pérdida de la fianza definitiva y sin que haya habido previo incumplimiento imputable a la contrata», sino que en la relación de hechos y fundamentos de Derecho del mismo se manifiesta que "la contrata, consecuencia de determinadas circunstancias técnicas, presentó un proyecto modificado que debió sufrir una serie de correcciones y que por ello

³⁷⁹ En la S.T.S., de 5 Julio 1985, Ar.3605, Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino Gutiérrez de Juana, se estima la pretensión actora por lo que se refiere a la partida 121, partida que se detalla en el informe de D.G.R., y que importa 228.850 ptas., cantidad que con el beneficio industrial se eleva a la de 263.177 ptas., e igualmente la que hace relación a la construcción de la caseta-lazareto, cuya ampliación y mejora fue contemplada por el arquitecto municipal en la novena y última de las certificaciones parciales de obras, funcionario que dio también su conformidad a la misma en el anexo 9, siquiera luego no se incluyó en la liquidación definitiva.

imposibilitó la terminación de las obras en el plazo previsto, dado que al menos en parte, las modificaciones se consideraban técnicamente necesarias, por lo que requerían la previa aprobación de aquéllas», lo que motivó una ampliación del plazo de ejecución de las obras. Indicándose en otro apartado del acuerdo, tras la cita del Art. 149 del repetido Reglamento y del artículo o cláusula 61 del P.C.G.A., la necesidad de reajustar los plazos de ejecución del contrato cuando se produzcan modificaciones del proyecto, lo que se dice lógicamente lleva a la conclusión de que el plazo de terminación de las obras ha de ponerse en íntima conexión con la aprobación de las modificaciones, no pudiendo sufrir la contrata continúa el acuerdo las consecuencias de una demora en producirse aquélla, por lo que el plazo final se ha de acomodar y, en su caso, ampliar su función de la fecha de la aprobación y del tiempo necesario para ejecutar las unidades modificadas e incluso aquellas cuya ejecución requiera, previamente, la de las modificadas, sin que hasta la fecha se haya aprobado el modificado. Continuándose diciendo que la obra se encuentra dentro de plazo, en virtud de las prórrogas concedidas en aplicación del Art. 149 citado, y del hecho de no haberse aún el modificado, "lo que supone una prórroga legal forzosa por ministerio de la Ley». Tenemos, pues, junto a la expedición de certificaciones y abono de las mismas por la Administración, un conjunto de razonamientos bien explícitos en el acuerdo ya dicho en 29 de Octubre de 1985, de resolución del contrato de que se trata, justificando las prórrogas que se concedieron para su ejecución, e incluso refiriéndose "a una prórroga legal forzosa por imperio de la Ley, como consecuencia de la aparición de determinadas circunstancias técnicas, lo que explica que las modificaciones se consideren técnicamente necesarias. Contamos, por lo tanto, con actos propios de la Administración, que, lejos de poder contradecirlos, tiene que asumirlos, con todas sus consecuencias, ya que, de lo contrario, provocaría un empobrecimiento injusto que rompería la equivalencia de las prestaciones "Íter partes», sin causa que los justifique".

3º) Un caso de 1998³⁸⁰, donde el T.S., dice que se debe hacer mérito de que la Sala de Madrid ha considerado debidamente probados los hechos determinantes de la pretensión de la empresa contratista en cuanto a las cantidades pendientes de cobro, basándose en las certificaciones e informes emitidos por los profesionales que intervinieron en la dirección técnica de las obras. Considera así que existe un saldo a favor de la empresa de 3.302.844 ptas., más 423.132 ptas., por obras suplementarias, poniendo de manifiesto que éstas responden a variaciones decididas por la Dirección Facultativa en obra, por conveniencia de la marcha de la misma. Las quejas sobre deficiencias que aduce la apelante, sin concretar ni precisar en qué hayan consistido éstas, carecen de consistencia y no pueden ser aceptadas por este Tribunal. Son decisivos los informes del Arquitecto Director de las obras, que señalan que el funcionamiento de la contrata ha sido irreprochable; que la misma trabajó con diligencia y cuidado «mostrando una sabiduría de oficio y una buena disposición que es raro encontrar» y que incluso cuando ha habido que corregir pequeños detalles de ejecución lo ha hecho con presteza y sin quejas.

³⁸⁰ Ver S.T.S. de 13 de Marzo de 1998, Ar.2229, Nº de Recurso: 3598/1992, Ponente: D. JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ. El T.S.J., de Madrid estima el recurso de JERICAL, SA contra la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, por pago de 3.725.976 ptas., correspondientes a Certificaciones de obra realizadas por la reforma de cuatro controles de enfermería en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid, insistiendo en alegar deficiencias y errores en la obra.

Puede existir incluso un reconocimiento explícito de deuda firmado por Alcalde y Secretario³⁸¹. En muchas ocasiones la actuación del contratista tiene su causa en órdenes de la Dirección facultativa, la Administración confeccionó el proyecto modificado, quedando prueba patente de la iniciativa de la Administración y su mala fe frente a la buena fe del contratista.

Ya desde la segunda mitad de los setenta³⁸² y comienzos de los ochenta se deja clara en la jurisprudencia la responsabilidad de la Administración.

³⁸¹ Ver S.T.S., de 28 Junio 1984, Ar.3661 Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Martín del Burgo y Marchán. El Ayuntamiento de Jacarilla (Alicante) acordó en 30 Julio 1980, que examinado el expediente de la obra del Paseo del Generalísimo, de aquella localidad, y en virtud de la petición de cantidades formulada por don Juan G. S., dar por liquidados los proyectos oficiales que comprendían la mencionada obra. Interpuesto recurso por el contratista la Sala de la Audiencia Territorial de Valencia, en Sentencia de 9 Marzo 1982, lo estima parcialmente, declarando no ajustado a Derecho el acto impugnado en cuanto no reconoció el recurrente el pago de la cantidad de 499.000 ptas. El Supremo explica que la Sala de Valencia ha estado acertada con este pronunciamiento, puesto que, cualesquiera que sean las omisiones formales cometidas en este caso por la Corporación de Jacarilla, lo cierto es que en el expediente administrativo obra unido al folio 26 un documento de reconocimiento de deuda, suscrito por el Alcalde de dicha localidad, y por el Secretario, en el que se detallan «los trabajos realizados fuera de contrato por don Juan G.S., a petición del Ayuntamiento ...» en las obras a que se refiere el proceso que nos ocupa. Que un reconocimiento tan explícito de esta deuda, por las personas más cualificadas de la mencionada Entidad Local (el Alcalde, como primera Autoridad municipal, y el Secretario como primer funcionario de la Corporación), sólo podría ser desvirtuado esgrimiendo motivos muy graves, como podría ser el de falsedad, u otros de alcance penal, lo que ni siquiera ha llegado a insinuarse; por ello, la realidad de los trabajos realizados por el señor G.S. en beneficio del Municipio tan aludido hay que darla como evidente, y, por lo mismo, la existencia de un empobrecimiento del actor junto al correlativo enriquecimiento de la Corporación de Jacarilla, sin causa que lo justifique, lo que requiere, en evitación de una injusticia, la corrección de este desequilibrio, mediante la correspondiente compensación económica, representada por la citada cantidad, reclamada por este concepto por el accionante. Que precisamente esta misma Sala, en Sentencia dictada hace muy pocos días -el 12 del corriente mes de Junio (R.J. 1984\3463)-, en un supuesto análogo al presente, ha condenado a otro Ayuntamiento al pago de una cantidad, por el mismo fundamento aquí aplicable, y por el mismo concepto, invocando la figura de la *negotiorum gestio*, y el principio del enriquecimiento sin causa, con cita de la jurisprudencia existente sobre el particular, y recuerdo de los antecedentes históricos de la institución; haciendo referencia también al principio de la buena fe, imposible de eludir con conductas contradictorias entre la Corporación y sus componentes, en perjuicio del particular que, como contratante, llega a ser algo más que eso, por convertirse, a través de esa posición, en un verdadero colaborador de la Administración Pública, según reconocen la doctrina y la jurisprudencia.

³⁸² Ver S.T.S. de 6 de Junio de 1977, Ar.2841, sobre el proyecto de ejecución de la obra de dos secciones delegadas de instituto en Olot. Se dice que contra lo que sustentado queda, no puede prosperar ni el hecho de haberse realizado más obra que la contratada, ni las modificaciones realizadas, habida cuenta que, por lo que se refiere a la primera afirmación, tal realidad en nada puede mitigar el hecho cierto e incuestionable de no haberse realizado la obra dentro del plazo previsto, llegando el contratista incluso a abandonarla, no mereciendo mejor acogida la otra afirmación, pues para que tales modificaciones de obra jugaran tendrían que plasmarse en la forma debida en el primitivo proyecto y dentro de un clima de relación contractual viva, pero en modo alguno cuando se ha producido la ruptura de tal relación a través del abandono aludido, sin que pueda acogerse tampoco la afirmación, de que las dificultades financieras del contratista surgidas según él, de esas obras o modificaciones habidas y que no obstante su realización no se le abonaron, puesto que dicha situación no legitimaría a tal contratista para traspasar a la Administración la culpa del incumplimiento producido, ya que el Art.46 del Pliego General de Condiciones de 4 de Septiembre de 1968, -vigente en este caso por aplicación del aArt.2 del Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, Ar.295, dispone que en ningún caso podrá el contratista, alegando retraso en los pagos, suspender los trabajos ni reducirlos a menor escala que la que proporcionalmente le corresponda, con arreglo al plazo en que deban terminarse. Cuando esto suceda podrá la Administración llevar a cabo lo que dispone el Art.60, es decir, la rescisión del contrato. Añade el T.S., que asimismo, es

En un asunto de 1983³⁸³ el Tribunal Supremo señala que queda acreditado en autos, como la Sentencia apelada de forma pormenorizada recoge³⁸⁴, que las variaciones que

perfectamente correcta la declaración del apartado 2 de la resolución del Consejo de Ministros de Marzo de 1973, al declarar el abono al contratista de la obra ejecutada y que sea de recibo según preceptúa el Art.47 L.C.E. (Art. 42 de su Reglamento y Arts. 60 y 62 del Pliego de Condiciones Generales de 1908), debiendo extenderse dicha obligación a la parte de obra realmente ejecutada, aunque no esté incluida en el primitivo proyecto, pues aunque debieron aprobarse legalmente dichas modificaciones, lo cierto es que esas obras se hicieron por orden del arquitecto director de la obra y del Ayuntamiento de Olot, por lo que de no abonarse las mismas se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración que, por otro lado, es responsable extracontractualmente en virtud del principio general establecido en la Ley 26 de Julio de 1957, con la posibilidad de repercutir dicha responsabilidad en el funcionario directamente responsable en virtud de lo manifestado por el Art.42 de dicho Cuerpo legal.

³⁸³ Ver S.T.S. de 20 de Diciembre de 1983, Ar.6354. Ponente: Excmo. Sr. D. José María Sánchez-Andrade y Sal. El Ayuntamiento de Miranda de Ebro, aprobó el 22 Octubre 1971, la construcción de un pabellón polideportivo y una piscina de invierno, según un proyecto redactado por un Arquitecto y con un presupuesto de 20.468.105 ptas., una obra para la que concedió la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes una Subvención a fondo perdido de 10.535.868 ptas. Seguido por sus trámites el expediente administrativo, el 27 Marzo 1972, acordó la Corporación en nombramiento del mismo Arquitecto para la dirección de las obras, y el 8 Agosto siguiente adjudicó definitivamente la contrata a «C.I.N.,S.A.», la empresa hoy demandante. Iniciadas ya las obras, el 18 Abril 1974, se actualizó el presupuesto, incorporando mejoras y revisión de precios, hasta la cifra de 36.885.421; se amplió el plazo para la ejecución y se acordó extremar la vigilancia de las obras; seguidamente, la Delegación de Educación Física y Deportes amplió su subvención en 7.906.842 ptas. Que para el cobro de la subvención tenía el Ayuntamiento que atenerse a las precisas instrucciones de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes, según las distintas circulares que obran en el expediente administrativo; y por ello, a partir de la 3.ª, las certificaciones de obras fueron extendidas en un modelo facilitado por dicha Delegación y, concretamente, la certificación 2.ª fue devuelta porque había un aumento de unidades de obras, sobre el presupuesto aprobado, en la partida de hormigón armado en los muros del sótano, según consta en la carpeta 3, folio 10, de las actuaciones municipales. El 17 Abril 1975, extendió el Arquitecto la certificación 9.ª, que en el expediente se califica de final y que comportaba el término de la subvención, pero que más bien parece la última de las parciales; y con fecha 16 Abril 1975, se recibieron provisionalmente las obras. En Junio 1975, extendió el Arquitecto director una certificación final o liquidatoria, por importe de 5.572.264,30 ptas., una certificación que, según informe del Secretario del Ayuntamiento, «quedó retenida por el señor Aparejador municipal sin darle su curso ante la Corporación, en espera, según manifiesta dicho técnico, de que por la Dirección de la obra se facilitara un informe sobre determinados aspectos de las obras y por el mismo se exigiera de la Contrata la subsanación de ciertas deficiencias, que afectan de manera considerable al sistema de aire acondicionado ...». Finalmente, la sociedad demandante solicitó el 10 Agosto 1976, el pago de la certificación final pero el Ayuntamiento denegó su petición en Ac. de 29 Noviembre 1979, acto objeto del actual litigio. Por la Sociedad «C.I.N., S. A.», fue reclamada al Ayuntamiento de Miranda de Ebro la cantidad de 5.572.264,30 ptas. Interpuesto recurso por «C. I. N., S. A.», la Sala de la Audiencia Territorial de Burgos, en S. de 21 Noviembre 1981, declara la nulidad del acuerdo recurrido, condenando a la Corporación al pago de 5.572.264,30 ptas.

³⁸⁴ El acuerdo en debate deniega el pago de la certificación final en virtud del Art. 51 del R.C.C.L., y disposiciones concordantes. Y, efectivamente, los preceptos mencionados disponen el régimen jurídico aplicable a las modificaciones de las prestaciones en los contratos administrativos, pero no agotan toda la problemática que en torno a las mismas puede suscitarse, particularmente cuando tales modificaciones, aun sin resolución formal al respecto, se introducen en el curso de las obras con el consentimiento o conocimiento de las Corporaciones interesadas, de suerte que la ulterior negativa a su pago, por omisión de unos trámites que ellas también estaban obligadas a guardar, comportaría un evidente enriquecimiento sin causa. Y esta Sala estima que es lo ocurrido en la contratación litigiosa, pues, además del Arquitecto director y del Aparejador de las obras, ambos designados por el Ayuntamiento, la Comisión Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, presidida por un Concejal, siguió en todo momento el desarrollo de las obras y adoptó decisiones de importancia, en cuanto a su realización, incluso separándose de lo proyectado, como en lo que se refiere a la cubierta de la edificación; finalmente, intervino también en las obras el Aparejador municipal, como colaborador del aparejador de las obras. Que la problemática del litigio se desplaza así a la cuestión de si las obras incluidas en la certificación

en relación con el proyecto y presupuesto aprobado por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro, se advierten en la certificación comprensiva de la llamada liquidación final de las obras del Pabellón Polideportivo y Piscina Cubierta de Miranda de Ebro, cuyo importe no satisfecho reclama al Ayuntamiento la Entidad constructora «I.N.,S.A.», adjudicataria de la referidas obras, responden a obras efectivamente realizadas por dicha Empresa constructora, en cumplimiento de lo ordenado por el Arquitecto Director de la obra, elegido para dicha función por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro, obras que se ordenaron realizar según se manifiesta por el citado señor Arquitecto, bien porque al construir la obra diversas partidas resultaron con mayor extensión de la prevista en el proyecto y era necesario realizarlas en su dimensión real, a no ser que se dejase el edificio sin terminar y sin posibilidades de utilización, bien porque el Director de la obra ordenó en algunas partidas el cambio de materiales o de configuración por necesidades técnicas, adiciones o modificaciones de las obras, en su día aprobadas por el Ayuntamiento, de las que tuvo conocimiento el representante de la Corporación comisionado para vigilar la realización del proyecto del Pabellón Polideportivo y Piscina Cubierta de Miranda de Ebro, obras que fueron recibidas provisionalmente por el Ayuntamiento sin protesta alguna, evidente resulta, y así lo declaró este Tribunal en S. de 22 Junio 1982 (R.J. 1982\3323), resolviendo supuesto análogo al que nos ocupa, que si las obras se han realizado y si han contribuido a completar el proyecto y suplir sus deficiencias, presentando un acabado ajustado a los fines propuestos, por un principio de Derecho natural no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico, entre los beneficios obtenidos por una parte con la realización de tales obras, y las cargas sufridas por la otra con su ejecución, desequilibrio que al surgir de una realización contractual no puede corregirse a través de la técnica de la «negotiorum gestio» sino por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa. El T.S., recuerda que la jurisprudencia viene suavizando la aplicación de la inalterabilidad contractual proclamada en el Art. 51 del R.C.C.L., a través de una interpretación flexibilizadora de los Arts. 53 y 54 del precitado Reglamento, declarando la Sentencia de este Alto Tribunal de 21 Noviembre 1981 (R.J. 1981\5267), con cita de la de 15 Marzo 1978 (R.J. 1978\1164), que «la aplicación del principio que veda un

habían sido o no efectivamente realizadas, una cuestión a la que debe responderse en términos afirmativos, a juicio de esta Sala, en virtud de las razones siguientes: 1.ª Ante todo, el acuerdo recurrido no se funda, para denegar su pago, en la falta de realización, total o parcial, de las obras certificadas, pues este tema aún no se había suscitado; 2.ª La certificación en debate fue extendida por el Arquitecto director, previa medición de las obras por el Aparejador de las mismas, técnicos ambos al servicio de la Corporación; y a propósito de este segundo documento, como de los demás aportados por «C.I.N.,S.A.» en período de prueba, debe señalarse que procedía su incorporación a los autos conforme al Art. 69, párr. 3 de la Ley Jurisdiccional de 1956, y se trataba además de documentos secundarios o ya obrantes en las dependencias municipales; 3.ª En el informe emitido por los servicios técnicos municipales el 23 Febrero 1977, ya dictada la resolución litigiosa, no se estiman incluíbles en la certificación obras por valor de 1.331.579 ptas., se requieren aclaraciones sobre otras partidas de 1.336.051,90 ptas., pero no se formula reparo alguno al importe restante hasta la cifra total de la certificación; 4.ª En la contestación a la demanda se insiste en la discordancia entre la certificación y el presupuesto reformado, pero apenas se hace alusión a la extensa documentación adjunta a la demanda, ni referencia a las aclaraciones realizadas al anterior informe por el Arquitecto y Aparejador de las obras el 22 Diciembre 1977, cuya copia obraba en poder del Arquitecto municipal; y 5.ª Finalmente, del conjunto de las actuaciones se desprende, a juicio de esta Sala que el origen del conflicto procede, más que del contenido de la certificación o de que las obras no pudieran ser ya parcialmente financiadas a cargo de la subvención, de las deficiencias existentes en las instalaciones de climatización de la piscina, un tema que ha restado, sin embargo, al margen de estos autos.

enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quiénes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad», doctrina jurisprudencial que reitera la mantenida por la S. de 12 Febrero 1979 (R.J. 1979\908), que la de 21 Noviembre 1981, aplica en el supuesto en que las modificaciones en la prestación del contrato tuvieron lugar, al igual que en el presente caso ocurre como consecuencia de orden dada por el Arquitecto Director de la obra. Que dada la fecha de adjudicación de la obra de construcción del Pabellón Polideportivo y Piscina Cubierta en Miranda de Ebro, no es a la misma aplicable lo dispuesto en el Reglamento de Contratos del Estado, que aprobado por D. de 25 Noviembre 1975, entró en vigor, según lo establecido en su Disposición final 1ª., el 1 Enero 1976, siendo de aplicación a los contratos cuya preparación se inicie con posterioridad a dicha fecha.

En un asunto de 1984³⁸⁵, el T.S, destaca que la conclusión a la que llega la Sentencia objeto de los recursos de apelación³⁸⁶, en cuanto a la cantidad que el Ayuntamiento de

³⁸⁵ Ver S.T.S. de 27 Febrero 1984, 1067, Ponente: Excmo. Sr. D. José María Sánchez-Andrade y Sal. La Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Granada acordó, en 13 Mayo 1976, en relación con la reclamación de 1.314.944,79 ptas., como contratista de los trabajos de conservación de instalaciones de alumbrado público en diversos sectores de la ciudad, abonar a dicho reclamante 158.924 ptas., que se encontraban certificadas y en trámite y el resto de 91.004 ptas., que se certificarían en breve plazo. Interpuesto recurso la Sala de la Audiencia Territorial de Granada, en S. de 24 Noviembre 1981, lo estima en parte.

³⁸⁶ En la Sentencia apelada se afirma que habiendo quedado acreditado por los documentos a ella acompañados que tales obras fueron realizadas por orden del Servicio de Electricidad del Ayuntamiento demandado, extremo que no se niega de contrario, discrepando únicamente del importe de las facturas correspondientes a tales obras, cuyas facturas no consta que fueran objetadas al ser presentadas en su día ante el Ayuntamiento para su pago y que luego ateniéndose al informe evacuado por el Ingeniero Municipal del Servicio de Electricidad, quien por cierto ingresó al servicio de la Corporación años después de ejecutadas aquellas obras, las estima satisfechas con las entregas hechas al recurrente, remitiéndose a los antecedentes que le facilitó su antecesor en el cargo; a la vista de tal planteamiento y valorando conforme a los principios de una sana crítica el informe evacuado por el Perito Industrial que ha actuado como Perito Forense, quien estima correctos los precios de mano de obra y materiales consignados en tales facturas, en su virtud han de estimarse acreditados por el recurrente los hechos constitutivos del derecho que ejercita el pago de las diferencias pendientes de cobro entre las facturas que reclama y las cantidades recibidas por tales conceptos, sin que la Corporación demandada, por el contrario, haya justificado que con tales entregas quedara liquidada la obligación reclamada a virtud de acuerdo entre ambas partes, por lo que a tenor de los Arts. 1091, 1255 y 1258 del C. Civil. y disp. adic. 2ª del R.C.C.L., ha de estimarse que la Corporación venía obligada al pago del importe de tales obras ascendente a 425.057 ptas.; no pudiendo sostenerse otro tanto en lo que se refiere a las obras incluidas en los apdos. LL) y RR) del hecho primero de la demanda, ascendentes en total a 8.659 ptas., al oponerse por la demandada, siguiendo el citado informe del Ingeniero Municipal del Servicio de Electricidad, que las órdenes de trabajo correspondientes a tales obras fueron anuladas antes de su ejecución, extremo que no ha quedado desvirtuado por el actor. Que en cuanto concierne a las facturas correspondientes a las obras relacionadas en los apdos. D), E), O Bis), P), Q), y R) del hecho primero de la demanda, relativas a adiciones o ampliaciones de obras municipales realizadas por el recurrente en cumplimiento a otros tantos contratos administrativos de ejecución de obras formalizados con la Corporación demandada, cuyo

Granada, viene obligado a satisfacer al contratista por obras, trabajos e instalaciones prestados en relación con el alumbrado público de la ciudad de Granada, no se ve desvirtuada por las alegaciones evacuadas en trámite de instrucción de la presente apelación por el Ayuntamiento de Granada, siendo al efecto de tener presente que el Tribunal de Instancia llega a la aludida conclusión, tras un minucioso y detallado examen de las facturas en que se apoya la reclamación que al Ayuntamiento de Granada formula el contratista, admitiendo la procedencia del pago de las cantidades que las mismas contienen cuando estima acreditado, conforme a las pruebas obrantes en autos, que éstas responden al importe de obras y trabajos realizados por el contratista, en virtud de orden de ejecución dada por el Servicio de Electricidad del Ayuntamiento de Granada, o las adicciones o ampliaciones de obras contratadas, llevadas a cabo cumpliendo lo dispuesto por los Técnicos Municipales, rechazando el pago de las facturas referentes a obras o trabajos cuya orden de ejecución fue anulada antes de su realización o que entrañan una revisión de precios, unilateralmente fijados por el señor V. C., conclusión la del Tribunal de Instancia, que es de estimar conforme con el resultado de la prueba aportado por las partes al recurso, y acorde al ordenamiento jurídico. Que por lo anteriormente dicho no son de recibo los motivos que fundamenta la pretensión revocatoria de la Sentencia apelada la representación del Ayuntamiento de Granada siendo de recordar que como declara la Sentencia de esta Sala de 21 Noviembre 1981 (R.J. 1981\5267), la moderna jurisprudencia de la misma, ha introducido una interpretación flexible de los Arts. 53 y 54 del R.C.C.L., que lleva como dice la S. de 15 Marzo 1978, (R.J. 1978\1164) a «que pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción a la normas de competencia y procedimiento y dentro de los límites objetivos en ella explícitos, la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto, posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en

proyecto inicial según alega el actor fue después modificado o ampliado, ha de tenerse presente como observación común a todas ellas, salvo la incluida en el ap. Q), que si bien el Ingeniero Municipal del Servicio de Electricidad en el informe citado rechaza el pago de las diferencias reclamadas por el recurrente, alegando distintos motivos, no niega haberse producido la ampliación o adición en que fundamenta el demandante su reclamación, ni que haya cobrado ya parte del exceso sobre el precio de la contrata del proyecto inicial, remitiéndose al proyecto inicial contratado únicamente en el reclamación correspondiente a la obra relacionada en el ap. Q), y como a su vez ha quedado acreditada la realidad de las ampliaciones o adiciones de las seis obras relacionadas en el inicio de este Considerando, según resulta, en cuanto cabe apreciar de visu en la actualidad, del dictamen Pericial evacuado por el Perito Forense, en su virtud y atendiendo a que el principio que veda el enriquecimiento injusto ampara el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto inicial, siempre que hubiesen sido efectivamente entregadas y realizadas las obras como consecuencia de Ordenes de la Administración, cualesquiera que sean los vicios de que adolezcan tales órdenes, por no ser imputables al contratista, Sentencias entre otras de 30 Septiembre y 10 Octubre 1963, (R.J. 1963\3978 y R.J. 1963\4734) y 16 Diciembre 1974, (R.J. 1974\5218), siguiendo tal doctrina de nuestro T.S., también ha de concluirse estimando que la Corporación demandada venía obligada al pago de las ampliaciones o adiciones de las obras antes reseñadas que reclama el recurrente, que montan en total 435.583,77 ptas.; excluyéndose del capítulo de tal reclamación las obras adicionales al Proyecto inicial contratado que se relaciona con la letra M) en el hecho primero de la demanda, por no resultar justificada con el dictamen pericial practicado las diferencias de 7.679 ptas. reclamadas.

dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad».

A mediados de los ochenta se presenta un caso sobre obras ordenadas por el Director de una obra sin aprobación de la Administración contratante³⁸⁷. Explica el Supremo que en su único motivo de apelación, el representante de la Administración Pública, concretamente aquí de la Diputación Foral de Navarra, reproduce el argumento de necesidad de conocimiento y aprobación por la Corporación referida del aumento de la obra con respecto de la inicialmente contratada, relativa al Colegio Nacional de Leiza, y

³⁸⁷ Ver Sentencia de 14 Noviembre 1985, Ar.5553, Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Botella Taza. «La ejecución de las "Obras de ampliación del Colegio Nacional de Leiza" fue adjudicada en virtud de Acuerdo de la Diputación Foral de Navarra, de 19 de Octubre de 1979, estableciéndose, en el condicionado de dicho Acuerdo, que había de regir para la obra, la normativa relativa a alteraciones o ampliaciones de obra y realización de imprevistos, determinadas en los Acuerdos de dicha Entidad Foral, de 10 de mayo de 1963, y 1 de Marzo de 1968, en base a los que se concretaba que "la ejecución de las obras relacionadas se atenderá inexorablemente a los conceptos y unidades de obra que constan en el proyecto, calculándose su valoración, a efectos de las liquidaciones que sean procedentes, con arreglo a los precios resultantes de la adjudicación" (2.º), que "la habilitación de crédito se efectuará única y exclusivamente por la cantidad líquida de la adjudicación presente (23.003.254,23 ptas.), y se prohíbe terminantemente alterar o variar el proyecto y presupuesto, cambiar la naturaleza de los conceptos y ampliar o reducir las unidades de obra" (3.º) y que "si no obstante lo dicho anteriormente, surgieran circunstancias imprevisibles que aconsejaran una modificación del proyecto adjudicado, en cualquier sentido de variación general de obra, conceptos o unidades de la misma, se someterá el nuevo estudio, previamente a la contratación y realización de las modificaciones interesadas, a conocimiento y resolución de esta Corporación" (4.º), determinándose además que la Dirección de tales obras se encomendaba a los Arquitectos, autores del proyecto. No obstante lo anterior, el mismo Acuerdo Foral de 10 de mayo de 1963, en su punto 7.º, señala que la infracción de las normas dichas, sobre aprobación previa, por Diputación, de las ampliaciones de obra, lleva aparejada automáticamente la responsabilidad del Director de la misma, y mediante Acuerdo de 1 de Marzo de 1968, se modifica o complementa el precedente, en el sentido de que "2.º.-En cuanto un Director de obra curse alguna orden de modificación o ampliación de obras al contratista, en uso de potestades conferidas por la Diputación y sin necesidad de aprobación previa por parte de ésta, deberá ponerla en conocimiento de la Corporación, para su debida ratificación o modificación, si procediera", y que "3.º.- Previamente a la ejecución de nuevas obras o modificación de las señaladas en el proyecto, que alcancen una mayor importancia a las señaladas anteriormente, los Directores correspondientes, cumplirán las prescripciones en vigor, solicitando la aprobación de las variaciones que pretenden introducir y la determinación de la manera de financiarlas, absteniéndose de cursar órdenes a los contratistas hasta la aprobación por la Corporación». «En base a dicha normativa foral, sobre necesidad de aprobación previa del aumento de obra, la Diputación dicta los Acuerdos ahora impugnados, por los que niega el pago de una partida, reconocida en su cuantía y en la correcta ejecución de la parte de obra a que pertenece, por importe de 1.520.440 ptas., de la 3.ª certificación de las obras, y correspondiente al Capítulo XII de las mismas ("Reformas en Escuela antigua"), que habían sido presupuestadas en 1.840.318 ptas., y que, debido al aumento de obra realizado, se rectifican, de acuerdo con tal exceso, en 3.304.316,38 ptas. La Diputación Foral de Navarra acordó en 4 de Marzo de 1982, desestimar el recurso de reposición interpuesto por el contratista, contra acuerdo de aquella Corporación de 8 de Octubre de 1981, que en su punto primero establecía que no procedía el abono del aumento de obra realizado en el capítulo XII del Presupuesto de las obras de construcción del Colegio Nacional de Leiza, ya que en ningún momento se le encargó por la Corporación la realización del mismo. Interpuesto recurso contencioso-administrativo la Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona, en Sentencia de 7 de Febrero de 1984, lo estima y declarando que el Ente Foral referido debe abonar al recurrente, en concepto de pago de aumento de obras en contrata de ejecución de «obras de ampliación del Colegio Nacional de Leiza», la suma de 1.520.440 ptas., más la que resulte de aplicar a la misma la «revisión de precios» acordada en el Pliego de Condiciones que rigió en tal contrata.

que a través de las condiciones económicas insertas en dicho contrato aplicaba los Acuerdos de la Diputación Foral de 10 de Mayo de 1963 y 1 de Marzo de 1968, siendo así improcedente el pago del importe del aumento de la obra de ampliación de la antigua Escuela, por no haberse sometido a la aprobación expresa de la referida Corporación; tesis, empero, suficientemente rebatida en los acertados fundamentos con que la Sala Territorial estima el recurso contencioso-administrativo³⁸⁸, y ante la insistencia argumental de la parte apelante, que nada objeta al importe de la obra adicional, a su recepción sin reparos por la Entidad contratante, ni al urgente requerimiento verbal de su ejecución comunicado por el Director de la obra contratada, también cumple aquí insistir en que en el Pliego de Condiciones se autoriza la realización de trabajos imprevistos (Art. 7.º), y que el contratista deberá efectuar los trabajos que le indique el Director de la obra nombrado por la Dirección General de Arquitectura de la Diputación Foral siempre que no excedan del 10% de lo presupuestado (Art. 3.º), debiendo en todo momento el contratista ejecutar las órdenes de dicho Arquitecto Director de la obra contratada (Art. 12 del expresado Pliego de Condiciones); conjunto de normas de ejecución contractual que, a la luz del general principio *pacta sunt servanda*, infiere la necesidad de distinguir los aspectos externo, o de relación *inter partes* a través del Director de la obra impuesto por la Diputación, e interno o de responsabilidad orgánica de dicho Director ante la Diputación contratante, aspecto este último irrelevante para la

³⁸⁸No obstante ser cierto que dicho aumento no se sometió a la aprobación, anterior o posterior, del Ente foral en sí, debe ser estimado su pago, por las siguientes razones: a) La ampliación fue ordenada por la Dirección de obra, nombrada ésta por la Diputación en la contrata, y el contratista se atuvo a la orden de ejecución correspondiente, que tal Dirección, según informa, estimó urgente, por lo que, en todo caso, la responsabilidad pecuniaria, según la normativa dicha, sería de la Dirección, no del contratista, como informó en su día la Dirección de Educación del Ente Foral; b) Todos los informes que obran en autos, no sólo de la Dirección de Educación dicha, sino también de la de Arquitectura de la propia Diputación, de la misma dirección de obra, y de los colectivos de padres y profesores del Centro correspondiente, concluyen que la obra era necesaria y urgente, que no estaba prevista en la contrata, pero que ésta, en la parte de obra aquí afectada, era, en su proyecto, indeterminada, por lo que debían producirse imprevistos y determinaciones no contemplados, y que el contratista realizó efectiva y correctamente la ampliación, a los precios contratados, y que la misma la recibió a satisfacción la Administración dueña de ella, por lo que, de no pagarla, incurre en un "enriquecimiento injusto"; c) No solamente es aplicable al caso controvertido el acuerdo provincial de adjudicación de la obra, sino también el Pliego de Condiciones aplicable a la misma, y aportado a los autos, y en él se contienen, entre otras, las siguientes cláusulas, aquí aplicables: Art. 12, de los Títulos I y II, según el que el contratista respetará las órdenes e instrucciones de la Dirección; Art. 3.º del Título III, sobre "condiciones generales de índole económica", según el que "el contratista queda obligado a realizar en la obra las variaciones aprobadas y ordenadas por la Diputación, así como los aumentos y ampliación y los trabajos por administración, que no excedan en total de un 10% de la obra contratada, previas las propuestas de la Dirección de Arquitectura ", y es claro, en el presente caso, que el aumento de obra no excedió de dicho 10% de la obra contratada, pues según consta en el expediente administrativo, y lo informa la Dirección, tal aumento sólo supone el 1,57%, y consta probado, según el mismo informe, que no lo contradice la Administración, que la Dirección de Arquitectura dio su aprobación verbal a tal propuesta de ampliación de la misma Dirección; el Art. 7.º, que autoriza la realización de trabajos "imprevistos", que sean controlados por la Dirección de la obra, que deberá aceptar los precios al efecto ordenados en cada caso; y el Art. 9.º del Título IV, según el que el tipo de la contrata se hace a "medida", y el precio a percibir por el contratista en definitiva será el que resulte de aplicar los del presupuesto "a las unidades de obra realmente ejecutadas"; y d) En definitiva, y solicitándose en principio, por el recurrente, de la Administración provincial, el pago de diversos aumentos de obra, no se entiende bien que este Organismo acepte unos y deniegue otros, en ninguno de los que se ha seguido el trámite de la previa aprobación, y sin señalar el por qué del diverso criterio seguido. En lo demás, al precio resultante, debe aplicarse la cláusula de "revisión de precios", del Art. 5. del Título III de dicho pliego de Condiciones».

obligación de pago al contratista por los trabajos adicionales directamente, y por razones de urgencia, ordenados por el Director, de tal manera que la recepción satisfactoria del total de la obra por el Director, en cuanto órgano de la Diputación, subsana la carencia de acuerdo expreso y previo de la Diputación Foral; conclusión que coincide con la ley sinalagmática o de equilibrio de prestaciones en contratos onerosos, excluyente del enriquecimiento injusto y que, rectora de la contratación civil, también es aplicable a la contratación administrativa de las Corporaciones Locales, incluidas las peculiaridades de la Administración General de Navarra, a virtud del régimen supletorio de Derecho privado establecido en las disposiciones adicionales segunda y tercera del Reglamento de Contrataciones aprobado por Decreto de 9 de Enero de 1953.

En los años noventa la doctrina jurisprudencial no cambia como queda patente en un caso de 1994³⁸⁹ y en uno de 1997³⁹⁰.

³⁸⁹ Ver S.T.S., de 20 de Septiembre de 1994, Ar.7805, Ponente: Excmo. Sr .D. Antonio Nabal Recio. Se pide indemnización por paralización de obras. Indica el T.S., que la suspensión de la obra obedeció a la necesidad de modificar el proyecto inicial <<por no ajustarse el terreno encontrado a la hipótesis del proyecto>>, según se hizo constar expresamente en el libro de órdenes, pero tal circunstancia no puede privar al contratista de la indemnización correspondiente a los medios inmovilizados desde la orden de suspensión hasta la aprobación del proyecto reformado, y de los precios de las nuevas unidades de obras.

³⁹⁰Ver S.T.S., de 24 de Noviembre de 1997, Ar.8017, Nº de Recurso: 2020/1992, Ponente: D.MANUEL VICENTE GARZÓN HERRERO. Se impugna por "Dragados y Construcciones, S.A.", la Sentencia de 3 de Diciembre de 1991, del T.S.J., de Castilla y León, por la que se desestimó el recurso que había sido iniciado por la entidad apelante contra la resolución de la Dirección General de Urbanismo y Vivienda y Medio Ambiente de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León, de 3 de Diciembre de 1987, que desestimó la pretensión de la demandante para que se le abonasen los gastos de guardería derivados de la Construcción de 132 viviendas en Huerta del Rey(Valladolid) en el expediente VA - C - 2/1979. La Administración demandada denegó la recepción provisional de las obras, solicitada por Dragados y Construcciones, por entender que la obra llevada a cabo por la demandante no se ajustaba al proyecto que había sido inicialmente aprobado. En cuanto al fondo del asunto, se considera que la responsabilidad en la recepción debe recaer en la recurrente y no en la Administración, pues al tratarse de una obra no autorizada y no ajustada al Proyecto originario, llevada a cabo por conveniencia de la constructora, la obligación de recibir la obra provisionalmente no surge para la Administración demandada hasta que se aprueba por el procedimiento legal establecido la modificación efectuada. La Sentencia de instancia parte de la consideración de que la negativa de la Administración a la recepción provisional está justificada por lo que al resultar improcedente dicha petición de recepción provisional es inadecuada la reclamación por gastos de guardería que constituye el objeto del recurso. Lo anteriormente reseñado implica que la cuestión sustancial a decidir es la de quién ordenó la modificación de la obra ejecutada en relación a la que había sido proyectada. Es evidente que si el cambio de obra con respecto a la que fue proyectada es consecuencia de una decisión de la Administración, será ésta quien deba soportar los gastos que se derivan de una recepción tardía, pues si el contratista se ha limitado a cumplir las órdenes del Director de la Obra, como está obligado, en virtud de lo establecido en el Art. 130 del R.C.E., es evidente que no deberá soportar los perjuicios que se deriven de un incumplimiento del mandato que en materia de modificación de contratos prescriben los Art. 146 y siguientes del Reglamento de Contratación citado. Quiere decirse con ello que si el contratista viene obligado a la ejecución de las obras en los términos en que contractualmente se haya establecido su realización, la discordancia entre lo proyectado y lo realizado hay que presumir que se debe no a una imposición del contratista a la Administración (imposición para la que carece de poderes y facultades capaces de hacerla efectiva), sino a una decisión de la Administración llevada a cabo por el Director de la Obra, que es el representante de la Administración ante el contratista. Es obvio que los efectos que se derivan de una decisión de modificación de unas obras deben recaer sobre quien adopta dicha decisión, y no sobre quien la obedece por mucho que el ordenante no se haya ajustado al procedimiento legal establecido para la elaboración de la orden. En tales supuestos los efectos económicos perjudiciales deben recaer sobre quien dicta indebidamente la orden y no sobre quien la obedece. Lo hasta aquí razonado nos obliga a obtener una conclusión diferente a la obtenida por la Sentencia de instancia en punto a que la Administración actuó conforme a derecho al no recibir la obra

Una buena síntesis de todos estos supuestos³⁹¹ lo tenemos en el caso FERROVIAL II³⁹². De tenor similar a la del 15 de Junio de 1999, recordando doctrina anterior de 12 de Febrero de 1979 y 21 de Noviembre de 1981, en el sentido de que si efectivamente fueron ordenadas unas obras los vicios existentes en dichas ordenes como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que este pueda percibir su importe. Lo relevante es que conste acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad de la contratación administrativa.

terminada. Contrariamente, estimamos nosotros que dicha negativa no estuvo justificada ya que es preciso entender que las modificaciones introducidas, que alteraron el proyecto inicial, lo fueron a instancia del Director de la Obra y no del contratista. Conclusión que viene corroborada por la tramitación e informes obrantes en el expediente de aprobación del Proyecto Modificado, donde no se hizo imputación alguna al contratista. Coadyuva también a esta conclusión el informe del aparejador de 4 de Diciembre de 1981, al afirmar: "Todas las eliminaciones producidas con respecto al proyecto original, se considera por parte de estos Servicios Técnicos, que no eran imprescindibles en la época de redacción del mismo y su presupuesto se ha agregado a aquellas unidades que varían y que suponen una mejora en la calidad de las viviendas y un posible ahorro en el mantenimiento posterior, con lo que no se produce repercusión económica alguna sobre el presupuesto inicialmente aprobado." pues tales apreciaciones son propias de la Dirección de la Obra y no del contratista. Resuelto lo anterior, es decir, la responsabilidad de la Administración por la no recepción, indebida, de la obra, queda por dilucidar desde cuando procede dicha responsabilidad. En este punto no puede olvidarse que la apelante presentó una primera petición de recepción de las obras el día 24 de Febrero de 1981, contestando a dicha petición la Administración el día 4 de Marzo siguiente en sentido negativo. Esta denegación no fue impugnada por la apelante, quedando dicha acto firme y consentido. La ulterior reclamación de fecha 26 de Agosto de 1981, no puede ignorar los efectos procesales y sustantivos que se derivan del hecho de haber dejado firme y consentida la resolución de 4 de Marzo de 1981. Todo lo hasta ahora dicho significa que existe derecho de la apelante a la indemnización que solicita por el principal, pero este derecho sólo puede empezar a contar desde el día 26 de Septiembre de 1981, que es la fecha en la que termina el plazo de un mes de que dispone la Administración para llevar a cabo la recepción provisional de las obras. Finalmente, es evidente el derecho de la recurrente a la percepción de los intereses que reclama y desde la fecha de la reclamación, pero teniendo en cuenta que la cantidad que constituye el principal habrá de computarse, a efectos de determinar el plazo inicial del cómputo de intereses, en la forma señalada en este fundamento jurídico. Del mismo modo deberán ser aceptadas, por no haber sido objeto de discusión, las cantidades reclamadas en concepto de gastos de guardería, durante los meses que median desde el 26 de Septiembre de 1981, hasta que tuvo lugar la efectiva recepción provisional de las obras. Conclusión, la expuesta, que comporta la condena al pago de la cantidad reclamada a la Administración Autonómica.

³⁹¹Igualmente, una excelente síntesis de la doctrina jurisprudencial la tenemos en el FJ 4º de la S.T.S., de 18 de Diciembre de 2007, Ar.506 de 2008, Nº de Recurso: 11199/2004, Ponente: Dª CELSA PICÓ LORENZO, donde se dice lo siguiente: Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de Diciembre de 1983, 2 de Abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de Abril de 1998), o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (Sentencias de 12 de Febrero de 1979, 12 de Marzo de 1991, 4 de Marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (Sentencia de 22 de Noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001). Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (Sentencia de 13 de Julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes. Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (Sentencia de 11 de Julio de 2003, recurso de casación 9003/1997)".

³⁹²Ver S.T.S. de 27 de Abril de 2005, Ar.3940 Nº de Recurso: 930/2003, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO.

Manifiesta la recurrida que no puede ignorar la abundante doctrina sobre el enriquecimiento injusto por lo que centra su oposición al motivo en que, como dice la Sentencia de 6 de Abril de 1987, la cuestión es probar el valor de la obra que no puede quedar fijado unilateralmente por el demandante. Cita la Sentencia de 30 de Octubre de 1989, la que dilata aquella fijación a ejecución de Sentencia y la de 4 de Diciembre de 1989. Concluye que no se ha introducido más prueba de que la obra se haya realizado que el documento de 7 de Julio de 1999, de la Delegación provincial en Granada de la Consejería demandada, aportada por la demandante como documental, cuya autenticidad discute desde el momento en que llegó a su conocimiento, Art. 508 L.E.C., carente de firma, en la copia que le fue facilitada.

El T.S., recuerda que justamente el criterio vertido en la Sentencia de 15 de Junio de 1999, y en las anteriores que recoge, es plenamente aplicable al supuesto de autos. Consta acreditado en el expediente remitido por la administración que la misma confeccionó el proyecto de obras complementarias controvertido así como que, por razones que no obran en el mismo, no siguió ulteriormente el procedimiento establecido para su debida aprobación en forma. No obstante tal irregularidad, no imputable al contratista sino a la administración, lo cierto es que el proyecto fue encargado a la empresa a la que se había adjudicado el proyecto inicial dando las oportunas ordenes la Dirección facultativa del citado proyecto inicial. Es decir que las ordenes emanaban de quien correspondía por lo que había suficiente apariencia de normalidad en la contratación administrativa. Al igual que se afirmaba en la Sentencia de 8 de Julio de 2004, seguido entre idénticas partes, la ejecución de la obra ha de considerarse plenamente acreditada, como también ha de considerarse indudable la buena fe de la sociedad actora. Ya nos hemos referido a que en el prolijo expediente administrativo remitido por la administración autonómica aparece el proyecto referido a la obra y supervisión así como el acta de comprobación del replanteo, actuaciones todas éstas formalizadas en documentos oficiales de la Junta de Andalucía firmados o autorizados por funcionarios pertenecientes a su Administración pública con estampillado de la citada administración, incluido el Director Facultativo de la obra. Figura también en la causa, mediante testimonio notarial acompañado con la demanda, copia del acta de recepción provisional el 5 de Julio de 1991, así como del acta de recepción definitiva el 10 de Septiembre de 1992, en que no consta objeción de la administración así como reportaje fotográfico de la "Estructura de Peñuelas" al que acompaña planimetría confeccionada en Enero de 1991, por la Dirección General de Carreteras de la Junta de Andalucía. Los antedichos documentos evidencian que las obras complementarias respondían a una iniciativa de la Administración y no del contratista, por lo que su actuación, sin otros datos que demuestren lo contrario, no puede ser valorada sino como guiada por un deseo de colaborar con la Administración en el requerimiento planteado por ésta sobre la necesidad de dichas obras. Es cierto que la administración niega la ejecución de las obras en cuestión al considerar que el escrito aportado en fotocopia como más documental en periodo probatorio en que se recoge la pendencia de la deuda no ha surgido de la administración pese a que así lo aparente. Tal afirmación reiterada al oponerse al motivo la llevó a cabo también en instancia en el trámite de conclusiones. Pero lo cierto es que tal conducta resulta contraria a la buena fe que debe guiar el actuar de la administración en su relación con los administrados. No basta con negar unas actuaciones respecto a las que existe la total apariencia de verosimilitud. Estaba a su alcance justificar el estado de la obra principal acreditando, en su caso, la inexistencia

de esa obra complementaria prevista en un expediente administrativo confeccionado por ella aunque no hubiere sido culminado con arreglo a la normativa legal. Pero, además, podía también documentar el exacto contenido de la fotocopia del escrito aportado por la contratista dirigida justamente a los servicios centrales de la administración demandada en contestación a un escrito previo de ésta al órgano periférico en Granada sobre reclamaciones efectuadas por distintas empresas. Es evidente que en la citada fotocopia no consta firma alguna ya que aparece tapada su parte final pero si es factible identificar el escrito al reflejar su fecha de salida y un número de registro. En consecuencia, la mera invocación de la carga probatoria debe ser considerada como una simple evasiva y no como un serio rechazo de la realidad de la obra. Si hemos aceptado la realidad de la obra es evidente que el derecho reclamado por razón de ella también debe ser reconocido. También su contenido económico merece ser estimado con la extensión y los términos en que la parte actora lo ha venido reclamando. No estamos ante un exceso de obra en que hubiere que fijar contradictoriamente los precios sino que la obra, independientemente de su ausencia de aprobación en forma, fue debidamente proyectada y presupuestada asumiendo la reclamación el presupuesto en sus exactos términos.

No es raro encontrar casos en donde la misma Administración que ha generado la informalidad en la ejecución del modificado, trate de eludir el pago del modificado alegando justamente que no se han seguido las formas. No seguir el procedimiento no puede llevar al automatismo de penalizar al contratista.

A mediados de los ochenta se observa una jurisprudencia interesante a este respecto. Así, en un pronunciamiento de Marzo de 1984, se afirma que los defectos formales no pueden ser invocados por quien los realizó³⁹³. Explica el Tribunal Supremo que la

³⁹³ Ver S.T.S., de 13 Marzo 1984, 1750, Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Botella Taza. Al Contratista de Obras, le fueron adjudicadas las obras incluidas en el Plan Parcial de Lugo. En el curso de la ejecución de las obras, el mencionado Ayuntamiento observó que tanto el espesor de las losas de granito como la base de hormigón en que habrían de asentarse no eran suficientemente fuertes para aguantar el tráfico, se creyó conveniente por el citado Ayuntamiento de colocar otras de mayor espesor, tanto en el enlosado como de firme soporte del mismo, tales particulares aparecen acreditados por informe del Ingeniero Municipal, como consecuencia de todo ello, el proyecto de obra fue variado y la pavimentación efectuada en las condiciones expuestas, existiendo una variación de obra que ascendió a 949.622 ptas., que reclamó el contratista, lo que fue rechazado por acuerdos del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Lugo de 27 Enero y 28 Abril 1978, sobre denegación de pago de aumento de obra efectuada en las urbanizaciones de las calles Conde Pallarés y otras, en el sentido de que sólo procedía el abono del 25% de la misma, por compromiso contraído por el citado Ayuntamiento frente a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos. Interpuesto recurso por el contratista, la Sala de la Audiencia Territorial de La Coruña, en Sentencia de 17 Febrero 1982, lo estima, anulando los acuerdos recurridos. En la Sentencia apelada se dice que probada la existencia del aumento de obra el Ayuntamiento demandado se negó a hacer efectivo el pago de la misma alegando que no contrató con el recurrente la realización o aumento de la obra y, por ello, la representación de esta última alega en su primer fundamento de derecho, que la expresada Corporación no está legitimada para ser demandada, por no haber sido autora de los actos administrativos objeto del presente recurso contencioso, de ello que no pueda considerarse parte demandada a tenor de lo dispuesto en el Art. 29 de la Ley de esta Jurisdicción de 1956, llegando a la conclusión de que procede la inadmisibilidad del recurso conforme a lo dispuesto en el Art. 37 de la citada Ley. No obstante, todo lo expuesto del resultado del examen del expediente administrativo, se puede apreciar que quien contrato la obra con el recurrente fue el Excmo. Ayuntamiento de Lugo y si la obra fue ejecutada, recibida por la Corporación demandada, tiene que satisfacer el pago de la misma en virtud de lo dispuesto en los Arts. 1255, 1257 y 1124 del C.Civil.

discusión gira en torno a la radical negativa de dicha parte respecto a haber concertado con el demandante, contratista de la urbanización de varias plazas y calles, la ampliación de este contrato principal durante su ejecución. La Corporación afirmaba la inexistencia en ella de la obligación de pago de la cantidad cercana al millón de ptas., a que asciende el importe de las expresadas obras adicionales a cuya realidad de ejecución, importe y especificación cuantitativa cuya realidad no se niega. Se afirma que los intentos de desplazar la obligación de pago hacia la Comisión Provincial de Servicios Técnicos resultan inefectivos tanto por lo que implican de confusión entre lo que es autorización y lo que es contratación dentro de las respectivas competencias, como por cuanto tal temática no trasciende del ámbito interno de las relaciones entre órganos de la Administración Pública sin repercusión, en los aspectos aquí considerados, sobre el contratista demandante que siguió las instrucciones que para la modificación le fueron cursadas por el director de la obra principal e inspector de la misma, funcionario del Ayuntamiento, sin que ningún reparo o reserva pusiera la Corporación cuando el conjunto de la misma fue por ella recibido e hizo suyo el derivado enriquecimiento que había de calificarse de injusto con el consiguiente juego de la doctrina civil al respecto, aplicable a la contratación administrativa de las Corporaciones Locales a través de la disposición adicional 2.ª del Reglamento de 9 Enero 1953; de donde se sigue que no ignoró la Sala Territorial, e hizo, en su caso, correcta aplicación de los Arts. 1089, 1091, 1124, 1255, 1257, 1259, 1261, 1262 y 1265 del C. Civil., 18, 47 a 50, 52 y 53 de la L.C.E., de 1965, 50, 51, 142 a 155, 157 y 269 a 271 de su Reglamento General (R.C.L., 1968\209, 483) y 59 a 63 del P.C.G.A., para los Contratos de Obras del Estado aprobado por D. de 31 Diciembre 1970, como legalidad supletoria del antes citado R.C.C.L., también debidamente aplicado por la Sala Sentenciadora en sus Arts. 92, 94 y 98 y en modo adecuado a los principios fundantes de los Arts. 108 y 111 del R.D., de 6 Octubre 1977, que aprobó el texto articulado parcial de la L. 41/1975 (R.C.L., 1975\2334) de Bases del Estatuto de Régimen Local; teniendo en cuenta, para todo ello, que los requisitos formales para la contratación administrativa y modificación de sus cláusulas, de suyo imperativos e insoslayables en cuanto que garantía de objetiva adscripción de la actividad a los intereses públicos, no pueden ser invocados por el organismo contratante que los omitió con resultado de deformación del equilibrio económico contractual a su favor eludiendo la íntegra restauración sinalagmática del equivalente económico del contrato, ya que en tal supuesto los mencionados condicionamientos formales de validez jurídica de la modificación contractual se convierten en formalismos inadecuados a la legítima finalidad de la actuación administrativa Art. 106.1 de la Constitución- que no cabe entender compatible, y menos sustituida en su teleología, con consecuencias contrarias a la buena fe contractual y a los principios prohibitivos de cualquier efecto defraudatorio informantes de la estructura ética del sistema del ordenamiento jurídico (Arts. 4.1, 6.3 y 7.º del C. Civil.).

También en Marzo de 1984³⁹⁴, vemos otro caso donde nos dice el T.S. que de los antecedentes reseñados, se aprecia, sin ninguna duda, que el referido Ayuntamiento

³⁹⁴ Ver S.T.S. de 20 Marzo 1984, Ar.1406, Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino Gutiérrez de Juana. Por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos de Almería, le fue encomendado al Ayuntamiento de dicha ciudad, la ejecución de las obras de «Mejora del servicio de agua potable, a las barriadas de los Molinos, La Cañada, El Alquien y zona de localización cinematográfica» y el Ayuntamiento, a su vez, mediante concurso, se las adjudicó a la empresa aquí demandante, con sujeción a un Proyecto-Técnico y en las

quedó vinculado legalmente y de modo directo, con la Empresa aquí demandante, por haberse comprometido con ella mediante el contrato adjudicándole la ejecución de la obra del Proyecto indicado, pues así se desprende de lo dispuesto, entre otros, en los Arts. 13 y 45 del R.C.C.L., por lo cual al propio Ayuntamiento competía resolver sobre la petición de abono, formulada por el contratista, del importe, excedente del presupuesto, correspondiente a las obras complementarias, con verdadera conexión o por extensión, con las proyectadas: y en cuanto a la liquidación de su importe, apreciada la realidad de esas obras reclamadas, así como su exacta valoración por conceptos y de su importe total, si bien es cierto que lo más correcto jurídicamente hubiere sido el cumplimiento, en su momento, de las formalidades previstas en el Art. 54 del propio Reglamento de contratación, sin embargo, su omisión no puede privar a la nombrada empresa contratista, que realizadas las obras, del derecho a que se le abone, por el Ayuntamiento, el importe de las mismas, pues si ellas lo fueron en las circunstancias indicadas y, por lo tanto, contribuyendo a completar el Proyecto y suplir sus deficiencias o imprevisiones, es claro que, como se dice en Sentencia de esta Sala, de 20 Diciembre 1983 (R.J. 1983\6354), resolviendo un caso semejante al presente, por un principio de Derecho no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos con la realización de tales obras y las cargas sufridas con su ejecución, solución a la que también se llega, en definitiva, a través de otra instrumentación jurídica, en S. de 22 Enero 1975 (R.J. 1975\8), resolviendo un supuesto, asimismo, similar al presente.

Al año siguiente hay que citar dos casos de 1985. En primer lugar,³⁹⁵ destaca el T.S., que de la documentación municipal obrante en el mismo y del informe emitido por el

condiciones fijadas en el correspondiente pliego y en las que figuró el Ayuntamiento, como titular de las facultades derivadas de las mismas; que en la realización material de las obras y por diversas causas, no imputables a la empresa constructora, se originaron dificultades y obstáculos, en cuya solución intervino directamente el Ayuntamiento, a través de la Alcaldía-Presidencia, principalmente, designado Ingeniero Director, concediendo prórrogas al plazo de ejecución, llevando a cabo la recepción provisional, sin objeción alguna a todas las realmente realizadas; y que entre éstas hay una serie de ellas, en su momento apreciadas como complementarias y necesarias, para su terminación, por la Dirección facultativa, que las autorizó, relativas a excavaciones, sustitución de depósito, auxiliares en conducciones, reconstrucción y reposición de servicios auxiliares, todas valoradas por la propia Dirección, en la suma de 3.328.782 ptas. El Ayuntamiento de Almería, con fecha 5 Marzo 1979, denegó la existencia de una cantidad pendiente de liquidación de obras e interpuesto recurso de reposición por «Construcciones M.», fue desestimado con fecha 2 Julio del mencionado año. Interpuesto recurso contencioso-administrativo la Sala de la Audiencia Territorial de Granada, en S. de 4 Diciembre 1981, declara la inadmisibilidad del recurso.

³⁹⁵ Ver S.T.S. de 18 Junio 1985. Ar.3228, Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Rodríguez García. A la empresa -U.- le fueron adjudicadas las obras de formación de paseos y jardines en el Polígono n.º 2 de Vitoria, (Acuerdo Municipal de 19 de Enero de 1979), y de reparación de barrios para el año 1978 (Acuerdo de 22 de Septiembre 1978). Tras las aprobaciones de las correspondientes liquidaciones parciales y de su abono, fueron aprobadas las certificaciones definitivas, y su abono, de ambos proyectos. El actor presentó reclamación de abono de obras efectuadas por órdenes municipales, no comprendidas en el proyecto, que según la relación referente a los barrios importaban en total, las obras efectivamente realizadas, 19.149.133,87 ptas., no especificando dicho importe total en la de los paseos y jardines en la relación presentada con la reclamación, si bien en la demanda se especifica que dicho importe es de 7.513.051,13 ptas. La Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Vitoria acordó en 31 de Julio de 1981, desestimar las reclamaciones en relación con las liquidaciones definitivas de las obras de reparación de Barrios, correspondientes a 1978 y las de construcción de paseos y jardines en el Polígono n.º 2. Interpuesto recurso por el contratista la Sala de la Audiencia Territorial de Bilbao, en Sentencia de 25 de Marzo de 1983, lo desestima.

perito Aparejador, nombrado por insaculación en las actuaciones jurisdiccionales, resulta que de las cifras se desprende que, salvo error u omisión, la cantidad debida al contratista asciende a 2.823.856,80 ptas. y no es lícito argüir en contrario que las obras adicionales no fueron aprobadas por la Administración contratante o que ésta no autorizó al Director de las mismas para ordenar su ejecución o, en último término, que ni siquiera fueron ordenadas por escrito al contratista, porque el principio de inalterabilidad de los contratos celebrados por las Corporaciones locales (Art. 51 y concordantes de su Reglamento de Contratación de 1975), no puede llevarse hasta el extremo de que se produzca un enriquecimiento injusto en perjuicio del contratista.

Luego en Diciembre de 1985³⁹⁶, se presenta un asunto especialmente complicado al mezclarse dos Administraciones públicas. El Tribunal de instancia afirma que partiendo de los hechos expuestos ha de llegarse a una solución favorable a las pretensiones del recurrente, pues la cantidad pretendida aparecía como directa consecuencia del cambio introducido en el proyecto original, con el consiguiente aumento de unidades de obra, según se deduce de los informes emitidos por los servicios técnicos de la Corporación demandada; cambio autorizado por la Diputación contratante, e impuesto por la Dirección de la obra, y como tal obligatorio para el contratista, al no sobrepasar su importe los límites legales respecto del total presupuestado, como manifestación del llamado *ius variandi*, que como es sabido, es una de las potestades exorbitantes reconocidas a la Administración en los contratos de obra pública, según los Arts. 11 y 31 del Acuerdo de la Diputación Foral de Navarra, de 3 de Mayo de 1916, normas generales para la contratación de obras provinciales, y Arts.53 y 54 del R.C.C.L., así como Arts.48 y 50 de la L.C.E., y 150 del Reglamento, que origina el derecho del contratista, con la correlativa obligación de la Administración contratante, al abono de la obra realmente ejecutada, a tenor de los principios consagrados en los citados preceptos de la normativa peculiar de Navarra, y Arts. 47 L.C.E. y Art. 146 p. 2.º R.C.E.

³⁹⁶Ver S.T.S. de 31 de Diciembre de 1985, Ar.6408, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Garayo Sánchez. Por acuerdo de la Comisión Delegada de la Diputación Foral de Navarra, de 28 de Mayo de 1980, se adjudicó a la Empresa «A., S. A.», la ejecución de las obras de construcción del Colegio Nacional de Marcilla, que habría de ejecutarse según proyecto redactado por unos Arquitectos a quienes se encargó la dirección de la obra. El Ayuntamiento de Marcilla solicitó la modificación del emplazamiento de los edificios del Colegio, con el fin de poder conservar un campo de fútbol sito en el interior del recinto escolar; y emitido informe favorable por la Junta de Construcciones del Ministerio de Educación, por la Unidad Técnica de la Delegación en Navarra de dicho Ministerio, así como por la Dirección de Educación de la Diputación Foral y por los Arquitectos Directores de la Obra, la Corporación contratante dictó acuerdo, de fecha 26 de Noviembre de 1980, aprobando la modificación, señalando que la misma no habría de suponer variación en los costos de las obras, y expresando que debía darse traslado de lo acordado al Ayuntamiento de Marcilla, a la Delegación Provincial del Ministerio de Educación, a las Direcciones de Hacienda y Educación de la Diputación Foral, y a los Arquitectos Directores de la obra. Concluidas las obras, se practicó un presupuesto adicional entre cuyas partidas figuraba una, por importe de 731.747,70 ptas., correspondiente a gastos consecuencia del cambio de emplazamiento del Colegio. Emitidos los oportunos informes la Diputación Foral dictó acuerdo, de fecha 4 de Marzo de 1982, que en su extremo 3º decidía no acceder al pago de la partida correspondiente al cambio de emplazamiento del edificio, por haber dispuesto expresamente la Corporación en el citado acuerdo de 26 de Noviembre de 1980, que dicho cambio no supondría variación del costo de la obra. La empresa adjudicataria interpuso recurso de reposición que fue desestimado por acuerdo de 29 de Abril de 1982, porque el adjudicatario no había seguido el procedimiento legalmente exigible para que la Diputación pudiera hacerse cargo del aumento del precio. Interpuesto recurso por la Empresa «A., S. A.», adjudicataria de las obras, la Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona, en Sentencia de 26 de Noviembre de 1983, lo estima declarando que la recurrente tiene derecho a percibir una indemnización de la Diputación Foral de Navarra.

Sin que pueda ser obstáculo a lo dicho la circunstancia de que, en el acuerdo de la Diputación Foral, de 26 de Noviembre de 1980, se hubiera decretado que la indicada modificación no produciría aumento en los costos de la obra, pues está claramente acreditado que tal acuerdo no fue comunicado al contratista, y no existe prueba suficiente que demuestre que dicha entidad hubiera asumido voluntariamente el compromiso de soportar gratuitamente o en su cargo, esos mayores costos que ahora reclama, y a cuya realización no podía oponerse, según lo dicho, por venirle impuestos por imperativo legal. Sin que tampoco pueda objetarse el incumplimiento de las normas procedimentales, legalmente establecidas por la introducción de modificaciones en el proyecto original, ya que conforme se declara en la S.T.S., de 12 de Febrero de 1979 (R.J. 1979\908), citada por el actor, aunque la potestad de modificación de las prestaciones originales debe ejercitarse según las normas de procedimiento, de los Arts. 53 y 54 R.C.C.L. -a las que al parecer se refieren los Acuerdos de la D.F., de 10 de Mayo de 1963 y 1 de Marzo de 1968, citados por la Abogacía del Estado-, la aplicación de los principios que vedan el enriquecimiento sin causa posibilita el reconocimiento, en los contratos de obra, de las reclamaciones por exceso sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutadas como consecuencia de órdenes de la Administración, si efectivamente fueron ordenadas las obras; de modo que los servicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los requisitos procedimentales al no ser imputables sólo al contratista, no pueden oponerse a la percepción del importe de lo realizado, siempre que las ordenes se dieran por quien y del modo que para el contratista tuvieren apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilidades de quien las hubiese emitido.

Las alegaciones del Abogado del Estado único apelante giran sobre las consecuencias que deduce del conocimiento por el contratista del hecho de la modificación de la obra contratada y de la no observancia de las formalidades legales para proceder ante estos supuestos de modificación, mas tales objeciones han quedado analizadas y desvirtuadas en el examen fáctico y jurídico exhaustivo que con acierto hace la Sentencia; contra lo alegado explica el T.S., que el conocimiento por el contratista del cambio del proyecto no implica conocimiento de la negativa -que no le fue comunicada por la Diputación- a hacerse esta última cargo del aumento de precios, ni era previsible puesto que la Delegación en Navarra del Ministerio de Educación y Ciencia condicionó la autorización de cambio del lugar donde había de alzarse el edificio, a la realización de nuevas obras y al modificar el emplazamiento, las Escuelas a construir se alejaban del colector general que exigía una elevación para ganar la pendiente y una mayor longitud de la correspondiente infraestructura; es más, del examen del expediente administrativo se pone de manifiesto que el acuerdo de la Diputación de aprobar las variaciones sin mayor coste lo fundamenta en que los informes técnicos afirman que la modificación de la situación del edificio no supone incremento del precio, lo que no correspondía a la realidad puesto que el arquitecto Jefe de la Sección de Proyectos se limita a informar favorablemente al no sufrir variación alguna «el edificio» -el subrayado es nuestro- surgiendo el error del informe de la Dirección de Educación que afirma que según los arquitectos de las obras no implica variación de costes el cambio de emplazamiento. En cuanto a la inobservancia de las formalidades legales las Sentencias de esta Sala de 15 de Marzo de 1978 (R.J. 1978\1164), 21 de Noviembre de 1981 (R.J. 1981\5267) y 24 de Enero y 13 de Marzo de 1984 (R.J. 1984\153 y R.J. 1984\1750) avalan el criterio recogido por la Sentencia

apelada en este punto. El representante legal de la Diputación termina su escrito de alegaciones argumentando que la defensa del principio de equidad que se recoge en la ilicitud del enriquecimiento injusto ha de recaer, de aplicarse, en el propietario de la edificación, el Ayuntamiento de Marcilla cuyo patrimonio y no el de su representada es el que había en su caso resultado enriquecido, motivo que ha de ser examinado no obstante alegarse por primera vez en esta instancia si bien, considera el T.S. que ha de ser rechazado puesto que la Diputación fue quien contrató las obras y reguló su ejecución y es por tanto quien ha de responder ante el contratista sin perjuicio de poder repetir en su caso contra el Ayuntamiento.

En 1986, se pueden citar dos Sentencias. Una primera³⁹⁷ donde el Supremo recalca que la única alegación contra esta partida que fórmula la Administración demandada es la de que no existe expediente de contratación lo que determina la improcedencia de la cantidad que por este concepto se reclama; este razonamiento olvida que las obligaciones nacen no sólo de los contratos sino de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos, tal precepto, contenido en el Art. 1.088 del C. Civil, es también aplicable a los actos en que interviene la Administración y específicamente en aquellos supuestos en que la Administración consiente una actividad del particular que la beneficia, al margen de los procedimientos legalmente establecidos. Pero es absolutamente improcedente denegar su importe fundándose en vicios formales que le son a ella imputables, pues se llegaría a la inadmisibles conclusión de que después de haber incumplido la Administración sus propias normas, y haberse beneficiado de la actividad del particular, no tendría que pagar su contraprestación, precisamente por haber incumplido sus normas. Que por lo que hace a la tercera de las partidas por importe de 1.325.703 ptas., debida, según la actora, a obras complementarias realizadas en el edificio de Plaza de España 17, no ofrece dudas que dichas obras se realizaron como se deduce de modo meridiano del acta de recepción definitiva de las obras donde se hace constar: "que en las plantas baja, primera y segunda se han realizado obras de modificación en el período de garantía, indudablemente al margen del proyecto inicial".

A los pocos días el Supremo insiste en la misma idea en otro caso donde el Supremo recuerda que es reiterada doctrina que las pequeñas obras modificativas y complementarias de la obra principal contratada pueden efectuarse directamente y aunque es cierto que deben formalizarse por escrito tal y como ordenan la Ley y el Reglamento de Contratación, también lo es que la Administración no puede invocar sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos, aunque ellos lo sean

³⁹⁷ Ver S.T.S. de 22 de Septiembre de 1986, Ar.5970, Ponente: D.MANUEL GARAYO SÁNCHEZ. El Ministerio de Administración Territorial acordó desestimar la reclamación formulada por Anfesa Construcciones, S.A., para que se le abonase la cantidad de 10.496.385 ptas., correspondientes a las obras de acondicionamiento que realizó en los edificios del paseo de La Habana, números 140-142, y de la Plaza de España, número 17, de Madrid. Anfesa Construcciones, S.A., interpuso recurso ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Nacional, suplicando una indemnización por las obras complementarias del edificio de Plaza de España, número 17, de Madrid, por importe de 1.325.703 ptas. En este asunto la Audiencia Nacional dictó Sentencia estimando el recurso. Ulteriormente y cuando la entidad actora había realizado ciertos trabajos, cuyo importe evalúa en 2.168.428 ptas., se le ordenó la paralización de dichos trabajos.

irregularmente. Así queda claro en un pronunciamiento también de 1986³⁹⁸. La Audiencia Territorial dictó Sentencia el 13 de Octubre de 1983, estimando un recurso que la Administración impugna alegando que las obras cuyo importe reclaman las tres compañías demandantes, actuantes de consuno a la construcción de la Universidad Autónoma de Madrid, no aparece justificado hayan sido realizadas, que su contratación tuvo carácter verbal, infringiendo el precepto contenido en el Art. 125 del Reglamento de la L.C.E., y que ese mismo precepto hace responsables de las obras realizadas de ese modo a los Jefes administrativos que las ordenaron con carácter personal, pudiéndose trasladar la responsabilidad al Estado tan sólo en el caso de insolvencia de tales funcionarios a fin de evitar se produzca una situación de enriquecimiento injusto por parte de la Administración; pero tales alegaciones, que son mera reproducción de las realizadas en instancia, todas las cuales fueron objeto de resolución en la Sentencia impugnada, no pueden tenerse en consideración, ya que, como asevera la Sentencia de instancia, se hallan reconocidas por el propio Rectorado de la Universidad Autónoma las obras realizadas en sus dependencias a lo largo de los años 1972, 1973 y 1974, ninguna de las cuales, independientemente, excede de la cantidad de cinco millones de ptas., ya que la más importante de todas ellas, consistente en arreglar unos baches en los aparcamientos, excede tan sólo en ocho ptas., de las 650.000 ptas., no discutiéndose el importe de las cantidades reclamadas, ni los conceptos por los que la reclamación se hace, siendo reiterada la doctrina de esta Sala relativa a que esas pequeñas obras modificativas y complementarias de la obra principal contratada pueden efectuarse directamente y aunque es cierto deben formalizarse por escrito, tal y como ordena la Ley y el Reglamento invocados, también lo es que la Administración no puede invocar sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos, aunque ellos lo sean irregularmente como consecuencia de las infracciones mencionadas. Ya a finales de los ochenta se puede hacer mención a un asunto de Mayo de 1989³⁹⁹. El Ayuntamiento de Peñíscola (Castellón), invoca la Jurisprudencia del T.S. según la cual

³⁹⁸ Ver S.T.S. de 29 de Septiembre de 1986, Ar.6096, Ponente: D.JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ. El Rector de la Universidad Autónoma de Madrid, denegó la solicitud formulada por Dragados y Construcciones, S.A., y otras Entidades Mercantiles en reclamación del abono de las obras realizadas en dicha Universidad Autónoma de "El Goloso" por orden de su Rectoría. Dragados y Construcciones, S.A., y otras interpusieron recurso ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Madrid suplicando la nulidad del acto administrativo por el que se desestima la petición que se le abonen las facturas obrantes en el expediente administrativo por los trabajos realizados en los edificios e instalaciones.

³⁹⁹ Ver S.T.S. de 11 de Mayo de 1989, Ar.4488. Ponente: D. MANUEL GORDILLO GARCÍA. Se trataba de la construcción de un complejo deportivo, surgiendo la necesidad o la conveniencia de realizar unas obras complementarias a las que aquéllas, consistentes, por un lado, en la desviación de una línea aérea de alta tensión que cruzaba sobre la entrada del campo de fútbol para llevarlas hasta el transformador, y, por otro, en obras de distinta naturaleza que se detallan en el estado de medición, cuyas obras no estaban previstas en el proyecto de construcción del complejo deportivo, y que el Alcalde de la localidad, encargó a la empresa constructora, suscribiendo un documento, fechado el 10 de Septiembre de 1982 con el representante de la entidad actora, en el que se contrataban la ejecución de las citadas, y dando orden verbal al constructor para la realización de las segundas, valoradas en el estado de medición verificado por el arquitecto director de las obras. Tales obras fueron realizadas y admitidas por el Ayuntamiento, lo que consta acreditado no sólo por la prueba testifical, sino por la circunstancia de que el hecho de su realización y admisión no ha sido negado por el Ayuntamiento. La Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia dictó Sentencia con fecha 26 de Enero de 1988, estimando en parte el recurso interpuesto por la entidad "Construcciones y Promociones Pico, S. A.", en reclamación de intereses de demora por pago retrasado de certificaciones de obra y por el importe de obras ejecutadas para dicha Corporación.

ningún contrato administrativo puede ser otorgado válidamente prescindiendo de la observancia de la forma, siendo el cumplimiento de las formalidades previas un requisito esencial para la existencia del contrato. En la Sentencia recurrida se decía lo siguiente: “Si bien es cierto que no existe respecto de contrato válido por haberse prescindiendo del procedimiento establecido por el R.C.C.L., dicha nulidad no puede invocarla a su favor la parte que lo ha originado este caso el Ayuntamiento, al no haberse adoptado por acuerdo pertinente con aquellas formalidades legales exigibles, la decisión del Alcalde de encargar la construcción de determinadas obras municipales. El Supremo aclara que las obras que habían sido realizadas por encargo expreso de la Alcaldía y posteriormente entregadas y recibidas por la Corporación Municipal, produciéndose un beneficio económico para ella que en el caso de autos no se niega ni contradice.

Ya en la década de los noventa hay que mencionar una Sentencia⁴⁰⁰. El primer motivo del recurso no puede ser estimado. La reclamación efectuada por la entidad demandante no se basaba en la responsabilidad patrimonial del Estado en los supuestos previstos en el Art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino en la responsabilidad derivada de la realización de unas obras que, si bien no fueron incluidas en el proyecto inicial, objeto de adjudicación mediante concurso subasta, fueron contratadas sin las formalidades legales, pero certificadas por la Administración que ha reconocido su ejecución. La actora invocaba al efecto la doctrina del enriquecimiento injusto de la Administración que viene disfrutando las obras que había ejecutado en la Facultad de Ciencias de la Información desde su terminación en el año 1973, con el consiguiente empobrecimiento de la demandada en la cuantía que consta en el Proyecto reformado de 58.131.121 ptas. Por ello la alegación que hace en su demanda con referencia al expresado Art. 40 no puede ser tenida en cuenta ya que se hace al considerar que «el particular no ha de soportar en su patrimonio la consecuencia de las actuaciones administrativas» por el hecho de los vicios derivados del incumplimiento de los requisitos exigidos por el R.G.C.E., pero referida a la no formalización del encargo realizado. A este respecto la Sentencia apelada, tras valorar la prueba practicada y especialmente la propuesta del Subdirector General de Inmuebles y Obras del entonces Ministerio de Información y Turismo, de 18 de Enero de 1977, y el acta de recepción provisional de las obras -que concreta en 58.131.121 ptas., más 2.318.495 que importaron los honorarios del proyecto y dirección- llega a la conclusión de que la Administración -hoy el Ministerio de Cultura- debe soportar el pago de esas cantidades, para evitar un enriquecimiento injusto administrativo, invocando la jurisprudencia de esta Sala según la cual «los requisitos formales para la contratación administrativa y modificación de sus cláusulas, de suyo imperativos e insoslayables en cuanto garantía de objetiva adscripción de los intereses públicos, no pueden ser invocados por el organismo contratante que los omitió» (Sentencia de 13 de Marzo de 1984), «pues se llegaría a la inadmisibles conclusión de que después de haber incumplido la Administración las propias normas y haberse beneficiado de la actividad del

⁴⁰⁰Ver S.T.S. de 6 de Marzo de 1991, Ar.2506, Ponente: D. JOSÉ MARÍA MORENILLA RODRIGUEZ. La Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 6 de Febrero de 1988, estimó el recurso interpuesto por «Obras y Construcciones Industriales, S. A.» (OCISA), anulando las resoluciones del Ministerio de Cultura de 25 de Marzo de 1981 que declaraban que no procedía admitir a trámite por incompetencia del Departamento para conocer de la reclamación planteada por esa entidad solicitando el abono de las obras para la Facultad de Ciencias de la Información de Madrid.

particular no tendría que pagar su contraprestación, precisamente por haber incumplido sus normas» (Sentencia de 24 de Septiembre de 1986). La reclamación está fundada en la aplicación al Derecho administrativo del principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa a costa de otro, o «cuasi contrato de enriquecimiento indebido» que produce como efecto el resarcimiento al empobrecido, cumplidos los requisitos que aseguran su recta y estricta aplicación. En consecuencia, no obstante sus concomitancias con la responsabilidad extracontractual del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos no cabe la aplicación extensiva de los requisitos formales del Art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para imponer una caducidad de la acción de reclamación por el transcurso de un año, en lugar del plazo de quince años previsto en el Art. 1.964 del C. Civil de expresa aplicación subsidiaria en la contratación administrativa, según el Art. 4.º1 de la L.C.E. para las acciones personales.

Se retoma el argumento en relación con un asunto de 2002 referido a la Cláusula 62 que analizaremos con detalle más abajo⁴⁰¹. El T.S. entiende que frente al criterio mantenido por el Abogado del Estado, el motivo fundado en la infracción de la cláusula 62 no debe ser admitido, partiendo del tenor literal de la cláusula invocada como infringida. Para la Sentencia recurrida, en el fundamento jurídico tercero, la cláusula 62 del Pliego de las Administrativas generales exige que al llevarse a cabo una

⁴⁰¹ Ver S.T.S. de 23 de Abril de 2002, Ar.7014, Nº de Recurso: 7026/1996, Ponente: D.JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS. El recurso ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional se tramitó a instancia de Constructora Interurbana, S.A., contra la Resolución del Subsecretario de Justicia e Interior, dictada por delegación del Ministro titular del Departamento en fecha 6 de Julio de 1994, sobre aprobación de las liquidaciones provisionales de las obras ejecutadas por dicha Constructora en el edificio de los Juzgados de Zaragoza de "Construcción del nuevo edificio de Juzgados de Zaragoza", "Obras de cimentación de sótanos para aparcamiento e instalaciones en los Juzgados de Zaragoza" y "Obras complementarias en el nuevo edificio de Juzgados, calle Danzas, de Zaragoza". Dicha Resolución suprimía los saldos a favor de la empresa adjudicataria en concepto de diferencia en el número de unidades de obra, así como los saldos a favor de la dirección facultativa, sin perjuicio de las revisiones de precios que corresponda. La parte actora solicitó que se dictase Sentencia por la que se acordara anular la citada Resolución y se declarara el derecho a percibir, entre otras cantidades, 60.315.083 ptas., importe de la Liquidación Provisional de las "Obras Complementarias del Nuevo Edificio de Juzgados de Zaragoza". La Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 10 de Julio de 1996, estimó el recurso de la "Constructora Interurbana, S.A." contra la Resolución que anula en cuanto suprime los saldos a favor de la empresa adjudicataria, ahora recurrente, en concepto de diferencia en el número de unidades de obra, así como los saldos a favor de la dirección facultativa, y en consecuencia, declara el derecho que tiene la Constructora recurrente a percibir la cantidad de 175.075.446 ptas., a que ascienden las liquidaciones provisionales de las obras realmente ejecutadas de los proyectos a que se refiere la resolución objeto de este recurso. El único de los motivos de casación se formula por infracción de la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de Obras del Estado (Decreto 3854/70 de 31 de Diciembre) en cuanto dispone que en los casos de modificaciones del proyecto posteriores a la producción de variaciones, deberán recogerse en la correspondiente propuesta sin esperar a la liquidación provisional de las obras. Para el Abogado del Estado, la Sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho Tercero, estima que si quien está facultado para realizar las modificaciones no incluye los aumentos por disminuciones de unidades, no puede aprovecharse de su propia omisión para no abonar al contratista las obras realmente ejecutadas y cualquiera que haya sido la realidad del desarrollo de las modificaciones del proyecto inicial, debería ser acreditado suficientemente que aquella omisión se había producido sin ser admisible que, en su caso, un mero defecto formal pudiera traer como consecuencia el que se hubieran de realizar a favor del contratista pagos duplicados contraviniéndose el Art. 47 de la L.C.E., según el cual el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente se ejecute y desde luego, a ninguna cantidad más.

modificación del proyecto, se incluyan los aumentos o disminuciones de unidades que se hayan producido. Pero si la Administración, que es quien está facultada para realizar modificaciones, no las incluye, no puede aprovecharse ella de su propia omisión para no abonar al contratista las obras realmente ejecutadas. Lo dispuesto en la citada cláusula 62 ha de ser aplicado por la Administración en el momento de hacerse la modificación y de no actuar así, ha de ser aceptada por la Administración la medición general y definitiva que se hace para realizar la liquidación provisional de las obras realmente ejecutadas con arreglo al precio convenido y establecer el saldo correspondiente. Así resulta que, en el caso examinado, la Sentencia recurrida reconoce como hecho probado (fundamento jurídico cuarto) que procede el pago de las liquidaciones provisionales expedidas por el Arquitecto director de las obras, una vez recibidas provisionalmente (en Actas de recepción provisional de 1 de Junio de 1993) cuyo importe asciende a 175.075.446 ptas., deducido de lo pedido, lo abonado posteriormente por la Administración en concepto de revisión de precios, incluido en la liquidación del expediente 87/1019-LI de "Obras del nuevo edificio para los Juzgados de Zaragoza".

Es más, la alegación de la Administración de que no ha habido formalidades no sirve de nada si se prueba que hubo incluso una contratación verbal y una aceptación tácita del modificado. Sin que en este caso sirva la estrategia de la Administración de desviar la cuestión hacia el tema de la responsabilidad patrimonial extracontractual y su inoperatividad cuando ha prescrito la acción para exigirla. Aquí se puede citar un caso de Octubre de 2005⁴⁰². En su contestación a la demanda argumenta la Administración que la actora ejercita una acción de responsabilidad patrimonial (que denomina extracontractual) sin que concurren los presupuestos necesarios para ello, y que, en cualquier caso, dicha acción estaría prescrita, porque cuando se formuló la reclamación en vía administrativa ya había transcurrido más de un año desde la fecha en la que, según se indica en la demanda (Mayo de 1996), se concluyeron las obras. Lo que la actora ingresa es el pago de unos aumentos de obra realizados en la ejecución de un contrato siguiendo, según dice, las indicaciones de un representante de la Administración y de acuerdo con el proyecto elaborado por uno de sus técnicos. Su reclamación se encuadra dentro de las realizadas contractuales y se funda en la existencia del correspondiente encargo, su realización a satisfacción de la demandada, con la consiguiente recepción tácita del aumento de obra, y en los principios de buena fe y de prohibición del enriquecimiento injusto, que evidentemente se produciría si la

⁴⁰²Ver S.T.S. de 25 Octubre de 2005, Ar.8290, N° de Recurso: 3570/2003, Ponente: D. ANTONIO MARTI GARCIA. Obras Hidráulicas S.A., interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación formulada el 12 de Septiembre de 1997, a la Diputación Provincial de La Coruña sobre recepción, liquidación y abono de obras complementarias realizadas en relación con el contrato de obras del abastecimiento de agua a varios municipios, el recurso terminó por Sentencia de 16 de Enero 2003, cuyo fallo es estimar en parte el recurso y condenar a la Administración demandada a que abone a la actora. Recuerda la Sentencia de instancia que una reiterada doctrina jurisprudencial tiene establecido que los defectos formales en la contratación tienen que ceder ante las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa SS.TS de 27/12/99, 9/11/99, 15/10/99, 15/3/99, 19/11/99 y 11/7/97, por lo que lo determinante es la efectiva y adecuada realización de las obras irregularmente contratadas. Por lo que refiere a la contratación verbal del aumento de obra invocada en la demanda, la declaración testifical del Ingeniero Jefe del Servicio de Vías y Obras de la Diputación demandada sobre la autoría del proyecto técnico presentado con la demanda y a que obedeció su redacción avala lo que al respecto sostiene la recurrente. El informe pericial emitido en el proceso acredita que las obras previstas en el proyecto presentado con la demanda fueron realizadas.

Administración hiciese suyo algo útil y de valor que encargó y no pagó. Lo que la Administración a su vez alega es que no hubo ningún expediente administrativo previo en relación con el aumento de obra cuyo pago se reclama, ni ningún documento, como certificaciones o acta de recepción, que justifique con posterioridad la realización de ese aumento. Todo esto nada tiene que ver con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos. Lo que se plantea es si existió una contratación irregular desde el punto de vista formal y, de haber existido, los efectos que ha de producir. El Ayuntamiento alega en síntesis; a), Que no nos encontramos ante una relación contractual como mantiene la Sentencia recurrida, ya que las obras presuntamente realizadas tienen su base en otro proyecto técnico independiente del que dio lugar al contrato administrativo y no se trata de una ampliación del proyecto originario; c), Que es cierto que en el contrato primitivo hubo ampliaciones y mayor obra ejecutada, pero que en ningún caso se amplió el proyecto ni el contrato a las obras objeto del presente recurso jurisdiccional, ya que las mismas fueron motivo de otro proyecto técnico, que se está por tanto, no ante una relación contractual, sino ante una autentica relación extra contractual; d), Que la reclamación por responsabilidad patrimonial se interpone cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción, pues el primer escrito reclamando el importe de las obras se presenta el 16 de Enero de 1996, y transcurrido más de un año el 12 de Septiembre de 1997, se formula reclamación ante la Diputación Provincial de La Coruña y el 22 de Octubre de 1998, se solicita certificación de acto presunto; e) Que conforme a lo dispuesto en los Arts. 142.5 de la Ley 30/92 y 4.2 del Real Decreto 429/93 no puede ser admitida reclamación sobre responsabilidad patrimonial cuando ha transcurrido con exceso el plazo de prescripción legal de un año, que en todo caso el derecho a reclamar prescribe al año de producido el daño, conforme al Art 1.902 en relación con los Arts. 1968, 1930 y 1932 del C. Civil; f), Que las obras sobre las que se requiere su abono no han sido encargadas ni contratadas, no existe prueba alguna que acredite la realidad del daño y que el derecho a indemnización ha prescrito; y g), Que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones viene regulada en los Arts. 139 y ss. de la Ley 30/92 y en el Real Decreto 429/93 de 26 de Marzo, exigiéndose una lesión patrimonial, que esa lesión sea un daño legítimo, que la lesión sea efectiva real, y la vinculación entre la lesión y la Administración.

El Supremo rechaza tal motivo de casación. Pues si bien es cierto, que el Letrado de la parte recurrente hace un profundo y detallado análisis del concepto y régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, e incluso acredita, que en el caso de autos habría transcurrido el plazo legal que de un año había para instar tal reclamación, si se tratara de un supuesto de responsabilidad patrimonial, no hay que olvidar, que la Sentencia recurrida ya había valorado alegaciones similares y sobre todo, que la citada Sentencia expresamente declara que en el caso de autos no había tal supuesto de responsabilidad patrimonial y si un supuesto de contratación irregular y sobre él se pronuncia. Como la Sala de Instancia, a pesar de que acepta la realidad de los defectos formales en la contratación, valora, conforme a la doctrina de esta Sala que cita, las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, a partir de la realidad de una contratación verbal de aumento de obra, en base a que el proyecto técnico fue redactado por el propio Ingeniero Jefe del Servicio de Vías y Obras de la Diputación, hoy recurrente, a las razones que se exponen sobre su redacción, a que las obras fueron realizadas, según refiere el informe pericial obrante y a que las mismas están en funcionamiento, esta Sala en casación ha de partir de esa realidad apreciada por

la Sala de Instancia, y que acredita la existencia de una contratación aunque sea defectuosa, a la que no es aplicable, como se pretende el régimen establecido para los supuestos de responsabilidad patrimonial, sin que a lo anterior en nada obsten las alegaciones de la parte recurrente sobre que las obras no fueron ordenadas ni encargadas, pues ello es una mera alegación, que no tiene entidad, por sí sola, para desvirtuar la conclusión a que ha llegado la Sentencia recurrida valorando las pruebas obrantes, y que además, resulta en contra de la realidad acreditada de la existencia de las obras, de su recepción y puesta en funcionamiento.

Por otro lado el Ayuntamiento alega en síntesis; a) Que ciertamente es aplicable a los contratos administrativos el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, pero que la jurisprudencia en los supuestos que ha considerado pertinente su aplicación, ha puesto de manifiesto, que para ello era necesario, que el exceso de obras que habían de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a ordenes de la Administración; b) Que en el presente supuesto, el demandante ejecuto presuntamente unas obras de un proyecto diferente al previsto inicialmente, sin orden expresa de la Administración y sin encargo, por tanto, dice, se debieron a la decisión unilateral imputable a la empresa contratista; c) Que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia aparece en las Sentencias de 7 de Diciembre de 1994, 28 de Enero de 2000 y 27 de Junio de 1988, de las que reproduce parte de sus Fundamentos de Derecho. Y procede rechazar tal motivo de casación. Además de por lo más atrás expuesto, porque no puede aceptarse, según los términos apreciados y valorados por la Sentencia recurrida, que las obras se realizaran por decisión unilateral del contratista, al margen de la actuación de la Administración, como se alega, cuando la Sentencia recurrida estima probado, a), La realización del proyecto por el Ingeniero Jefe de Vías y Obras de la Administración contratante, en base a las razones que el mismo expone, y b) Que esas obras del proyecto fueron realizadas y que están en funcionamiento, lo que obviamente comporta, una aceptación aunque sea tácita de las obras realizadas, de parte de la Administración. Y por todo ello se ha estimar que la solución final de la Sentencia, de abono de las obras realizadas en beneficio de la Administración, que las ha recibido y están en funcionamiento y que cuando menos se realizaron en base a un proyecto técnico del Ingeniero Jefe de Vías Obras de la Administración, está en plena conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, que el propio recurrente invoca, sin que por tanto se puedan apreciar ninguna de las infracciones que el recurrente invoca, pues en caso contrario obviamente se generaría un enriquecimiento sin causa para la Administración y un perjuicio para el contratista.

En ocasiones la Administración hace hincapié en el hecho de que fue el Director de obra o el arquitecto quien ordenó la obra pero no ella como persona jurídica responsable. Pero este argumento no sirve de nada, pues como recuerda el T.S. en una primera Sentencia de 1986⁴⁰³, la inexistencia de expediente de contratación podrá dar lugar a responsabilidades de diverso orden en los titulares de los órganos administrativos que las consintieron y que la Administración haría muy bien en exigir. Insiste pocos días más tarde⁴⁰⁴, al decir que tampoco procede tomar en consideración la

⁴⁰³ Ver S.T.S. de 22 de Septiembre de 1986, Ar.5970.

⁴⁰⁴ Ver S.T.S. de 29 de Septiembre de 1986, Ar.6096.

alegación relativa a la responsabilidad directa del funcionario o autoridad actuante, en este caso quien desde el Rectorado de la Universidad Autónoma ordenó la realización de las obras indicadas, por cuanto, aunque es cierto que el texto reglamentario en el párrafo segundo del Art. 125 citado establece la responsabilidad de la autoridad o funcionario que actúe en la forma en autos acaecida, no lo es que ella no pueda exigirse directamente de la Administración, verdadera beneficiaria de la actuación rectoral, pues el precepto cuestionado nada establece al respecto, y que sea después la Administración la que, en su caso y si ello procediese, repita contra quien actuó el importe de la cantidad total satisfecha.

Ocurre que en ocasiones se intenta eludir la responsabilidad de la Administración alegando que la modificación fue una iniciativa del contratista en última instancia. Pero, no valen acusaciones al contratista de haber ejecutado unas obras unilateralmente si no se prueba esa afirmación. A este respecto cabe citar una Sentencia de 2004⁴⁰⁵. El T.S.

⁴⁰⁵Ver S.T.S., de 10 de Junio de 2004, Ar.4225, Nº de Recurso: 8561/1999, Ponente: D. ANTONIO MARTÍ GARCÍA. Se impugnaba el acuerdo del Ayuntamiento de Sallent de Gallego de 24 de Julio de 1995, que declara la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios derivados del defectuoso cumplimiento del contrato de elaboración de proyectos técnicos y dirección de obra de la Central Hidroeléctrica de Portet. Idom Zaragoza, S.A interpuso recurso contra dicho Ayuntamiento. Por Sentencia de 13 de Octubre de 1999, el T.S.J de Aragón anula el acuerdo municipal impugnado. Alega el Ayuntamiento infracción, por omisión de su debida aplicación, de los Arts. 53, 54 y 92 y concordantes del R.C.C.L., y de los Arts.13, 48, 53, 56, 115 y 119 de la, así como de la jurisprudencia del T.S., dictada en aplicación de dichos preceptos". Alegando en síntesis, a) Que la Sentencia desconoce las disposiciones que establecen la responsabilidad de los contratistas por los daños y perjuicios ocasionados por dolo, negligencia morosidad o cualquier contravención; b) Que así el Art. 53 del R.C.C.L precisa que la Corporación podrá autorizar expresamente... ordene tales modificaciones, y los Art. 54 R.C.C.L., y 14 y 48 L.C.E, no solo reservan a la Corporación la potestad de acordar modificaciones sino que también precisan que los contratos no pueden modificarse más que por los órganos competentes y previos los trámites establecidos, y en el caso de autos dice, la propia Sentencia recurrida reconoce la inexistencia de acuerdos municipales expresos de aprobación de modificaciones del proyecto primitivo, y por tanto se ha infringido también la doctrina de las Sentencias de 14 Junio de 1988, 27 de Junio de 1988; c) Que, esa negligencia de la Dirección de Obra de no elevar a la aprobación del Ayuntamiento las modificaciones del proyecto y presupuesto, fue una forma de encubrir deliberadamente otra cometida por la actora en la elaboración de los proyectos al no tener en cuenta elementales aspectos geológicos, hidrológicos y medioambientales, como se puso de manifiesto en el informe emitido en el recurso 392/93, cuando dicha prueba técnica obra en las actuaciones documento nº 7, y por ello se infringe la doctrina de las Sentencias 10 de Junio de 1997, y 4 de Marzo de 1997. El contratista en su escrito de oposición al recurso de casación interesa su desestimación. Alegando en síntesis, a) Que en casación no se pueden revisar los hechos declarados probados por la Sentencia recurrida a no ser que se alegue y acredite que se han vulnerado las normas sobre valoración de la prueba; b) Que al no haberse hecho alegación alguna sobre infracción de las normas de la prueba se ha de estar a los hechos apreciados por la Sentencia recurrida, y que estos muestran que el proyecto era adecuado, y que el Ayuntamiento conocía las modificaciones introducidas por la Administración Autonómica y Estatal y que no se ha probado que las modificaciones tuviesen como causa última una imprevisión o falta de acomodación a las instrucciones recibidas del Ayuntamiento; c) Que siendo ello así resulta paradójico que se denuncie infracción del Art. 53 del R.C.C.L., pues según el informe obrante de 29 de Diciembre de 1993, resulta que era el Ayuntamiento el que ordenaba al contratista la ejecución de obras derivadas de las modificaciones exigidas y ello a través de la Dirección de Obra que es lo que exige y refiere el precepto citado, Art. 53 ; d) Que no se puede apreciar la infracción de los Art. 54 del R.C.C.L y 13 y 48 de la L.C.E., pues no es de la responsabilidad del Director de Obra enjuiciar como adoptaba el Ayuntamiento sus acuerdos o los procedimientos establecidos; y e) Que no se puede aceptar la alegación de que el proyecto del contratista era defectuoso, pues por un lado, ello supone alterar los hechos apreciados por la Sentencia, y además, no hay prueba alguna, que acredite la realidad contraria, ya que el Ayuntamiento no practicó prueba sobre ese particular,

explica que procede rechazar tal motivo de casación, al no concurrir las infracciones que se denuncian y que se pueden sintetizar en dos, una, la relativa a que el Director de la Obra ordenó modificaciones o alteraciones no aprobadas en la forma exigida por el Ayuntamiento, y la otra, la relativa a la negligencia en la aprobación del proyecto que dio lugar a determinadas rectificaciones, en base se dice, a que no tuvo en cuenta elementales aspectos geológicos, hidrológicos y medioambientales. Pues, por un lado, si bien es cierto, que los preceptos que la parte recurrente refiere, entre otros los Arts.53 y 54 del R.C.C.L. y 14 y 48 de la L.C.E , establecen que es la Corporación la que tiene que autorizar expresamente las modificaciones o alteraciones del contrato y que ello debe hacerse tras los trámites e informes oportunos, no hay que olvidar que el caso de autos, según refiere expresamente la Sentencia recurrida⁴⁰⁶, -y de tal declaración se ha de partir en casación, al no haber sido la misma cuestionada en la forma exigida, Sentencias de 9 de Febrero de 1994, 27 de Marzo de 1995, 12 de Diciembre de 2000, 31 de Enero de 2001 y 25 de Mayo de 2003-, las modificaciones habidas se produjeron por indicación de la Administración Autonómica y Estatal, con conocimiento pleno del Ayuntamiento, que las trasladaba al Director de la Obra para que a su vez las trasladase al contratista, y por tanto, según los términos declarados probados por la Sentencia recurrida, no se puede aceptar, como alega la parte recurrente, que fuese el Director de la Obra el que ordenase las modificaciones ni alteraciones del proyecto, ni menos que lo

el proyecto fue aprobado por la Confederación Hidrográfica del Ebro, y el informe de ese otro procedimiento no ha sido ratificado y no se sabe sobre qué proyecto fue emitido.

⁴⁰⁶En la Sentencia de instancia se afirma en su FJ 6º que lo expuesto nos sitúa frente a lo que aquí constituye el presupuesto de la reclamación por una hipotética responsabilidad de la Entidad demandante en el cumplimiento del contrato para la elaboración de los Proyectos técnicos, dirección, control y vigilancia de las obras en cuestión (Central Hidroeléctrica del Portet), es decir, si el exceso de obra que representaban aquellas certificaciones a cuyo importe viene obligado a hacer frente el Ayuntamiento demandado, responden a una imprevisión de la demandante en la elaboración del Proyecto inicial o a órdenes o instrucciones unilaterales en la dirección de la obra sin contar, por tanto, con la aprobación de la Administración demandada. En primer lugar, debe señalarse la virtualidad del proyecto modificado de la Central Hidroeléctrica El Portet para dar cumplimiento a la condición 4ª de la Resolución de 29 de Agosto de 1988, de la Confederación Hidrográfica del Ebro, otorgando la concesión correspondiente al aprovechamiento hidroeléctrico en cuestión, según deriva de su propia resolución de fecha 20 de Enero de 1994. Por otro lado, obra en autos informe del Alcalde de Sallent de Gállego, de 29 de Diciembre de 1993, en el que se enumeran diversas modificaciones respecto al Proyecto original, que se reconocen introducidas durante el desarrollo de la obra por exigencias de la Administración Autonómica o Estatal (ha de entenderse la Confederación Hidrográfica del Ebro), las cuales se reconoce igualmente que eran trasladadas al contratista a través de IDOM, como sociedad que asumió la dirección de la obra, a la que se remitían para que "dispusiese lo oportuno". De ello deriva que, lejos de que las modificaciones introducidas se debiesen a la voluntad unilateral de IDOM, las mismas tenían su origen en exigencias de las otras Administraciones Públicas implicadas en el Proyecto, para la propia viabilidad del mismo, impuestas en el curso de su ejecución iniciada antes de contar con todos los permisos necesarios, según deriva de las propias advertencias de la Confederación Hidrográfica del Ebro que obran en autos, con conocimiento pleno, por tanto, de la Corporación demandada que se limitaba a trasladarlas a la Entidad demandante para que, en cumplimiento de las funciones propias de su condición de Director Facultativo de la obra y representante de la Administración contratante de la misma, dispusiera lo conveniente y lo trasladase al contratista; debiendo añadirse que, en modo alguno, se halla probado en estos autos -ninguna prueba técnica se ha intentado al respecto -, que las aludidas modificaciones tuviesen su causa última en una imprevisión o falta de acomodación de la recurrente a las instrucciones recibidas de la Corporación demandada en la elaboración del Proyecto inicial, cuya ejecución acometió ésta antes de contar con todas las autorizaciones precisas, según lo referido anteriormente, todo lo cual conduce a la necesaria desestimación de la pretensión indemnizatoria plasmada en el acuerdo municipal combatido que, debe ser anulado, con la consiguiente estimación del presente recurso contencioso administrativo".

hiciese sin el consentimiento del Ayuntamiento, pues él, según lo acreditado se limitaba a trasladar al contratista las modificaciones acordadas por otras Administraciones Públicas, una vez que habían sido conocidas por el Ayuntamiento y que este había ordenado su cumplimiento. No hay por tanto infracción de los preceptos que se denuncian, ni de la jurisprudencia, ya que el Director de la Obra se limita a cursar las modificaciones que le había trasladado el propio Ayuntamiento, -lo que obviamente equivale a que el Ayuntamiento las conocía y aprobaba, esto es daba su consentimiento-, y si éste, el Ayuntamiento aceptó y acordó las modificaciones que le indicaban las Administraciones Públicas tras cumplir o no los trámites exigidos, ello es cuestión ajena al Director de Obra, y obviamente no se puede valorar en su contra, pues es una cuestión que estaba fuera de su alcance. Pero es que además y a los términos claros y precisos de la Sentencia recurrida cabe agregar, que en la Sentencia de esta Sala del T.S. de 15 de Junio de 1999, en la que se valoran las mismas modificaciones si bien referidas a la actuación del contratista y en la que también se ha denegado la petición del Ayuntamiento sobre el abono del importe de las modificaciones habidas, en su Fundamento de Derecho Segundo expresamente declara " y modificaciones aprobadas por el Ayuntamiento, según se infiere del análisis del Libro de órdenes y asistencia que se incorpora al escrito de demanda de la parte actora...". Y por otro lado, porque si la Sentencia recurrida expresamente declara que en modo alguno se halla probado en estos autos-ninguna prueba técnica se ha intentado al respecto- que las aludidas modificaciones tuviesen su causa última en una imprevisión o falta de acomodación de la recurrente a las infracciones recibidas de la Corporación demandada en la elaboración del Proyecto inicial, es claro, que no cabe atribuir responsabilidad alguna por que se dice falta de diligencia al no tener en cuenta los aspectos geológicos, hidrológicos o medioambientales que la parte recurrente refiere, pues en casación se ha de partir de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia, a no ser que se alegue y acredite que ha incurrido en infracción de las normas sobre la valoración de la prueba o que la valoración ha sido arbitraria o manifiestamente errónea, Sentencias de 12 de Enero de 1993, 11 de Diciembre de 2001 y 12 de Noviembre de 2002. Y en el caso de autos ninguna alegación se ha hecho sobre vulneración de las normas que rigen la prueba en nuestro ordenamiento, y por tanto esta Sala en casación ha de partir de la valoración y conclusiones realizadas por la Sentencia recurrida, que no permiten apreciar las deficiencias en la actuación del Director de Obra. Aparte en fin, que si el Ayuntamiento estimaba que las mismas concurrían, debió hacerlo saber en el momento en que lo advirtió, esto es, en el momento en que conoció las alteraciones o modificaciones del primitivo proyecto y las traslado al Director de Obra para su ejecución, y no esperar como hizo a la terminación de la obra.

Si la Administración considera que el contratista realizó el modificado por su propia iniciativa y con mala fe, como excusa para no reembolsárselo, deberá probar dicha afirmación tan tajante. Así, podemos citar en primer lugar un pronunciamiento de Julio de 2002⁴⁰⁷, donde explica el T.S., que se invoca la infracción del Art.44 de la L.C.E., así

⁴⁰⁷Ver S.T.S. de 10 de Julio de 2002, Art. 7081, Nº de Recurso: 5468/1997, Ponente: D. RAMÓN TRILLO TORRES. La Sentencia de 19 de Abril de 1997, dictada por el T.S.J., de la Comunidad Valenciana, estima el recurso interpuesto por la empresa ACIEROID, S.A. y FERCABER, S.A (UNO) U.T.E, contra resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Ibi (Alicante) de 26 de Septiembre de 1994, por la que se acuerda aprobar la liquidación provisional de la obra "Rehabilitación antiguo Ayuntamiento". Se reconoce a la actora el derecho a exigir a dicho Ayuntamiento a compensarle

como del Art.47 de la misma Ley en relación con el Decreto 1757/1974 de 31 de Mayo, que aplica a la Administración Local las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 2/1964 de 4 de Febrero. Se invoca también como infringido el Art. 1.091 del C. Civil.

La vulneración de todos estos preceptos se produce, según la Corporación recurrente, porque la Sentencia de instancia reconoce y constata que después de suscrito el contrato inicial se elaboró y suscribió un proyecto reformado, como efectivamente así sucedió, pero, pese a este reconocimiento, basa su fallo en un informe pericial que no respeta lo acordado por las partes contractuales en cuanto a mediciones ni en cuanto a precios, por lo que vulnera la voluntad de las partes expresada en dicho contrato reformado, habiéndose legitimado, de este modo, la conducta inaceptable de la constructora de mejorar o elegir calidades superiores unilateralmente y sin orden de la arquitecta directora de la obra y habiéndose producido el efecto igualmente inaceptable de que se haya ordenado el pago del exceso de obra a precios superiores a los convenidos en la contrata. La doctrina jurisprudencial reiterada viene declarando que si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas, cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización (Sentencia de 28 de Enero de 2000, entre otras muchas). Pero, esta doctrina no es aplicable al caso controvertido, desde el momento que la Sentencia de instancia considera acreditado que el exceso de obras sobre el proyecto inicial y posterior proyecto reformado (tanto en el volumen de obra como en las calidades superiores a las inicialmente convenidas) fue asumido y aceptado por ambas partes, por lo que no puede sostenerse que la ejecución de ese tan citado exceso de obras respondiera a una decisión unilateral de la contratista, que, ciertamente, de haber sido así, no habría generado derecho a su pago. La argumentación de la Corporación recurrente va dirigida en todo momento a sostener, en contra de lo señalado por la Sala de instancia, que la realización del exceso de obras respondió a una actuación unilateral de la empresa contratista, sin conocimiento ni consentimiento de la Administración contratante. Ahora bien, ese orden de alegaciones tropieza con la imposibilidad de que esta Sala modifique los hechos y la valoración de la prueba que recoge la Sentencia de instancia.

Igualmente es interesante el caso FERROVIAL I (donde la falta de prueba de mala fe del contratista se une a la evidencia de la iniciativa de la Administración)⁴⁰⁸. Explica el T.S., que el debate de fondo sometido a la Sala de instancia se concreta en decidir estas

por la realización de prestaciones superiores a las pactadas, ascendiendo la totalidad de las obras ejecutadas a 76.242.768 ptas.". Para llegar a esta conclusión, la Sala a quo señala que si bien se redactó un proyecto inicial para la rehabilitación del Ayuntamiento, hay una serie de actos posteriores, asumidos por ambas partes, que conllevaron -dadas las necesidades no apreciadas en su momento- la realización de nuevas obras de distinta calidad, que justifican -sin que pueda hablarse de enriquecimiento injusto- el hecho de que la entidad actora reclame el cobro del importe de estas nuevas obras, en tanto queden debidamente acreditadas. Y en este punto acude la Sentencia a la prueba pericial practicada, en la que, a juicio de la Sala, queda constancia de la realidad de las obras ejecutadas fuera de las que inicialmente se proyectaron, obras que fueron asumidas y aceptadas por ambas partes, lo cual conlleva como consecuencia la estimación del recurso.

⁴⁰⁸Ver S.T.S. de 8 de Julio de 2004, Ar.5231, Nº de Recurso: 185/2003, Ponente: D. NICOLÁS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN.

cuestiones que fueron planteadas por la Administración demandada para dar sustento a su oposición: realidad de la ejecución de la obra reclamada; posible mala fe de la sociedad demandante. La ejecución de la obra ha de considerarse plenamente acreditada, como también ha de considerarse indudable la buena fe de la sociedad actora, ya que: 1) En el expediente administrativo aparece el proyecto referido a la obra y la supervisión del mismo, así como el acta de replanteo, actuaciones todas éstas formalizadas en documentos oficiales de la Junta de Andalucía firmados o autorizados por funcionarios pertenecientes a su Administración pública. Estos documentos evidencian que se trataba de una iniciativa de la Administración y no del contratista, por lo que la actuación de éste, sin otros datos que demuestren lo contrario, no puede ser valorada sino como guiada por un deseo de colaborar con la Administración en el requerimiento planteado por ésta sobre la necesidad de dichas obras; y 2) No hay negativa de la ejecución de la obra por parte de la Administración demandada, y tampoco se ha aportado certificación expresiva del estado de la obra principal que revele la inexistencia de esa obra complementaria aquí reclamada, a pesar de que esto era algo que estaba fácilmente al alcance de la Administración demandada. Por lo cual, la mera invocación de la carga probatoria debe ser considerada como una simple evasiva y no como un serio rechazo de la realidad de la obra.

Finalmente, el mismo argumento de la presunta mala fe del contratista (desmontando además por el hecho de que se constata una aceptación implícita del modificado por la Administración) lo encontramos en una Sentencia de Abril de 2008⁴⁰⁹. En primer lugar, el Abogado del Estado denuncia la infracción del Art.53 del T.R.L.C.A.P., de 2000 de 16 de Junio y en general de todos los preceptos que regulan las actuaciones previas y adjudicación de los actos administrativos, citando los Arts. 54, 67 y ss, 70 y ss. - 73 y ss.⁴¹⁰. El Supremo rechaza tal motivo de casación. Pues la Sentencia recurrida da por probado que las obras las realizó la entidad recurrente para la Brigada Paracaidista del Ejército de Tierra y que no le fueron abonadas por la Administración y con esos datos ya hay suficiente base para condenar al abono del importe de las obras realizadas como la Sentencia recurrida hace. Y si bien es cierto que la Sala de Instancia podía haber valorado si ese importe correspondía a los términos del contrato o si por contra la solución se adoptaba por la vía del enriquecimiento injusto, como el Abogado del Estado interesa, no hay que olvidar que ese análisis en este momento resulta intrascendente, cuando la Sentencia no solo da por probado que las obras se realizaron para la Administración sino que la Administración no ha realizado prueba alguna tanto sobre su abono como sobre la no ejecución de las obras. Sin olvidar a mayor

⁴⁰⁹Ver S.T.S. de 29 de Abril de 2008, Ar.4981, Nº de Recurso: 3018/2006, Ponente: D.ANTONIO MARTÍ GARCÍA. Por Sentencia de 22/3/2006 se estima en parte del recurso interpuesto por OBRASCON HUARTE LAIN, S. A., contra la resolución de fecha 7 de Marzo de 2003, dictada por General Director de la Dirección de infraestructuras del MALE por la que se desestima la reclamación de fecha 17 de Enero de 2003, por la obras "Proyecto de Nuevo Acuartelamiento para la BRIPAC, 1ª fase, Paracuellos del Jarama (Madrid), que no le han sido abonadas. Se afirma que la reclamación no puede ser estimada, al no haberse acreditado su derecho a las mismas, dado que según el informe pericial existen partidas que no puede técnicamente determinar si se han realizado o no, ante la falta de documentación.

⁴¹⁰Alegando en síntesis; a), Que no se ha resuelto la cuestión relativa a si las obras y la cantidad que por ello se reclama, lo eran como contraprestación en virtud de la normativa reguladora de los contratos del Estado o bien a virtud del principio de enriquecimiento injusto; y b), Que no se ha acreditado, no ya la adjudicación formal del contrato, sino ni siquiera el encargo o aceptación del mismo por parte de la Administración.

abundamiento que el análisis pormenorizado y exhaustivo realizado por el Perito procesal, ha puesto de manifiesto las dificultades e irregularidades en la obra y en su ejecución en la que se mezclaba el proyecto primitivo y el posterior reformado y todo en un largo periodo de tiempo y que ha llegado a la conclusión que llega y que la Sala de Instancia acepta en base a los términos del informe pericial- por cierto no combatido ni cuestionado por la Administración cual la Sentencia además refiere- en el que se refiere que se han valorado los términos del contrato primitivo y posterior, la documentación obrante, incluido el libro de órdenes y la realidad apreciada in situ.

A continuación se denuncia la infracción de los principios contenidos en el Art. 362 y subsidiariamente en el Art. 360 del C.Civil en relación con el principio de enriquecimiento injusto así como de la jurisprudencia con cita de las Sentencias de 11 de Julio de 1997, 4 de Marzo de 1997 y la de 14 de Abril de 1994. Alegando en síntesis; a), Que en el supuesto de autos no se propuso la realización de obras adicionales ni existe orden verbal ni mucho menos escrita por parte del Director de la Obra; b), Que la práctica totalidad de las obras reclamadas estaban incluidas en un proyecto separado, la segunda fase de la obras del Acuartelamiento de la Brigada Paracaidista y que la empresa contratista procedió a auto adjudicárselas y a realizarlas; c), Que para la existencia del enriquecimiento injusto es preciso que tal enriquecimiento se haya realmente producido y que resulta esencial la valoración de la existencia de la buena fe y que en el caso de autos permite presumir la mala fe puesto que no se trata de obra urgente ni de pequeño importe sino de múltiples unidades de obra diferentes y realizadas a lo largo de un considerable periodo de tiempo sin haber quedado el más mínimo rastro o huella de haberlas efectuado y de su aceptación por parte de la Administración; d), Que aunque la existencia de mala fe tanto de la Administración como el contratista permitiera estimar la buena fe de ambas entonces conforme al Art. 455 del C.Civil solo se habrían de abonar los gastos necesarios; e), Que la Sala no ha considerado el principio de buena fe esencial para hablar de enriquecimiento injusto y que es antijurídica la doctrina establecida por la Sentencia al limitarse a señalar que deben ser abonadas las obras al considerar acreditado que se han realizado; y f), Y en segundo lugar, -y esto es trascendental- no puede existir enriquecimiento si la Administración tenía la perspectiva de desarrollar esas obras (insistimos únicamente aquellas que realmente fuesen útiles para la Administración) por un precio favorable que en el caso de la adjudicación de la primera fase resultó, según ya indicamos, un 29'9% por debajo del precio presupuestado. Según esto, caso de que la empresa constructora realice unas obras no encargadas y se le abonen según precios de mercado aún estando dispuestos a realizarlas por una cantidad notablemente inferior a esta cifra el enriquecimiento se produciría para esta entidad y lo que es más grave sin que pueda presumirse en absoluto la buena fe en una entidad que realiza obras cuyo importe estima cercano a los mil millones de ptas., sin dar cuenta de su realización ni instar la confección de un proyecto reformado. El Supremo también rechaza este argumento. Pues no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones que se denuncian, ya que la Sala de Instancia ha estimado como probado, en base al informe obrante, que por otro lado resulta suficientemente detallado y explicito y no ha sido cuestionado por la Administración, que la empresa recurrente realizó las obras a cuyo abono condena para la Brigada Paracaidista del Ejército de Tierra- Acuartelamiento de Paracuellos del Jarama- y siendo ello así, es claro que concurren los presupuestos exigidos para aplicar a favor de la empresa constructora el principio del enriquecimiento injusto en los

términos que esta Sala reiteradamente lo tiene definido, pues en caso contrario la Administración disfrutaría y disfruta de las obras realizadas a costa y por cuenta de un tercero el hoy recurrente, que resulta perjudicado en la misma medida que la Administración resulta beneficiada sin causa o motivo alguno. Siendo procedente recordar, cual en el informe aparece que la propia Administración liquidó obras por un importe superior al 43% de las cantidades previstas en el primitivo contrato, lo que obviamente en parte confirma las irregularidades advertidas en la obra a las que no fue ajena la propia Administración, y que, el propio informe pericial al tiempo que reconoce a favor del recurrente la cantidad de 3.064.473,14 € le deniega el resto hasta los 5.981.289,86 € que reclamaba, por no estimar acreditado que las mismas se hubiesen realizado y no estar previstas en la contratación. Y sin olvidar que los criterios que el perito señala para aceptar o denegar la petición de abono del importe de las obras, son entre otros, para aceptarlas, que hayan sido ejecutadas y no encontrarse incluidas en la liquidación y para denegarlas, que no se hayan podido comprobar como ejecutadas y que sus definiciones no se encuentran en su proyecto.

Finalmente se denuncia la vulneración de lo dispuesto en el Art. 1.110 del C.Civil en relación con el Art. 99 del T.R.L.C.A.P., de 2000 de 16 de Junio⁴¹¹. El Supremo tampoco acepta esta tesis. Además de lo más atrás expuesto, porque el informe pericial, que la Sentencia recurrida asume, muestra que las obras se realizaron con el conocimiento y consentimiento de la Administración y por tanto si han sido realizadas además en su beneficio hay que reconocer a la empresa que las realizó el derecho a su abono conforme a reiterada doctrina de esta Sala del T.S., Sentencias : 11 de Julio de 1997, 26 de Marzo de 1999, 25 de Octubre de 2005 y 12 de Marzo de 2008, y ello aun en el caso de que para algunas de ellas no hubiera habido contratación formal, pues en ocasiones esta Sala ha reconocido el derecho al abono al contratista del importe de las obras realizadas por este en beneficio de la Administración, siempre que la Administración las hubiese conocido y cuando menos por tanto implícitamente consentido y no hay que olvidar que en el informe pericial se ha valorado con prioridad para acceder al abono del importe de las obras los contenidos del libro de órdenes, aparte de que si la Sentencia recurrida ha dado por probado que las obras se realizaron para la Administración y por tanto en su beneficio, en casación se ha partir de esa realidad, máxime cuando no se ha alegado infracción de las normas sobre la valoración de la prueba o que la valoración realizada es errónea.

Tampoco cambia nada las cosas el hecho de que la iniciativa para realizar el modificado proviniese de los vecinos, si al final queda claro que la causa de que el modificado se hiciese procede de la Administración. Así, en un caso de Diciembre de 1989⁴¹², el Supremo expone que, en efecto, cuando para nada se discute que la empresa

⁴¹¹ Alegando en síntesis; a), Resulta en efecto que la Sentencia impugnada ha vulnerado los preceptos que invocamos, tanto si se considera aplicable la legislación de contratos del Estado como la falta de buena fe del reclamante en el supuesto de que se apelase a la doctrina del enriquecimiento injusto, cuestión ésta que como ya hemos repetido la Sentencia que impugnamos no aclara.

⁴¹² Ver S.T.S. de 12 de Diciembre de 1989, Ar.9400, Ponente: D. JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la antigua Audiencia Territorial de Oviedo dictó Sentencia con fecha 4 de Mayo de 1988, en la que estima el recurso por la entidad mercantil "Hiper, S.A.", contra el Ayuntamiento de Caravia, declarando el derecho de la entidad mercantil demandante al abono de la cantidad de 689.536 ptas., derivado de la ampliación de obra de asfalto del camino de la Cabra a la

actora había ejecutado tanto unas obras como otras, carece de relevancia que aquellas, cuyo importe abonó el Ayuntamiento, se proyectaran por iniciativa municipal, y no las otras, impagadas, que lo fueran por iniciativa de los vecinos, ni importa tampoco que las primeras sólo fueran las adjudicadas documental y formalmente, porque, tratándose en ambos casos de trabajos que se efectuaron en caminos o lugares de dominio público municipal, a efectos de las obligaciones contraíbles por el Ayuntamiento, no prima quien promueva la ejecución sino la autorización de que se lleven a cabo, con indudable y exclusivo beneficio, en este caso, para los intereses municipales, en cuyo sentido necesario es reparar en que según documentos obrantes en el ramo de prueba de la actora en primera instancia, en lo que se refiere a las concretas obras de ensanche y mejora del camino El Visu, de cuyo impago se trata, decisivamente intervino el Ayuntamiento de Caravia como único beneficiario de una subvención de 500.000 ptas., concedida con tal finalidad por la Consejería de Agricultura y Pesca del Principado de Asturias, y cuya cantidad, en consideración a su destino, el Ayuntamiento abonó puntualmente a la contratista demandante del impago del resto, la cual, según otro documento resultante de tal pieza probatoria habría de percibir el resto hasta la cantidad total presupuestada de 1.779.480 ptas., del citado Ayuntamiento, porque ésta era - conforme en aquél se especifica- la forma de financiación pactada, sin que conste que este último hubiera cumplido con la obligación que contraía en estos términos. Ante esta irrefutable realidad, nada significa la circunstancia, en la que tanto se insiste, de que esas obras sólo en parte pagadas ya complementarían o fuesen independientes de aquellas obras cuyo precio de contrata oportunamente se satisfizo, hubieran sido o no adjudicadas formalmente (Sentencias de 15 de Marzo de 1978, 29 de Enero de 1981, 13 de Julio de 1984, 18 de Junio de 1985, 19 de Mayo y 29 de Diciembre de 1986 y 20 de Octubre de 1987), porque a falta de prueba en contrario, esta omisión sólo puede imputarse a la Corporación Municipal.

Puede haber buena fe al principio por las dos partes pero romperse al final por la Administración, como se señala en un pronunciamiento de 1988⁴¹³. La Dirección General del Instituto Nacional de Servicios Sociales, por Resolución de 30 de Junio de 1983, desestimó la liquidación provisional que la Empresa "Dragados y Construcciones, S.A.", le había presentado por la construcción de una Residencia de Pensionistas de la Seguridad Social en Lardero, La Rioja, siendo la anterior Resolución recurrida en reposición y desestimando el recurso por silencio administrativo. El Instituto Nacional

Fuentona, concretamente 3.197 m² más, que los inicialmente contratados (5.500 metros cuadrados). Está debidamente probado que el Ayuntamiento de Caravia, adjudicó por concierto directo, las obras del ya referido camino, ampliándose con posterioridad las obras a realizar por orden del Teniente de Alcalde, encargado de las obras, realizadas en el plazo contractual, suponiendo un incremento del precio de 1.189.533 ptas., abonándose la cantidad de 4.500.380 ptas. de lo que resulta el impago de la parte reclamada. Se sostiene por la parte demandada que en el pago efectuado se comprende toda la obra, lo que no es cierto, pues 500.000 ptas., fueron pagadas por la ejecución de otro camino o tamal, denominado del Visu, como se reconoce en el informe-confesión del señor Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Caravia, de fecha 28 de Agosto de 1987, obra financiada por la Consejería de Agricultura y Pesca del Principado de Asturias (Servicio de Mejora Rural), que no tiene relación con las obras de asfalto del camino La Cabra-La Fuentona, todo lo cual evidencia la realidad de los hechos fundamento de la pretensión actora que debe ser acogida, al estar probada la modificación contractual obligatoria por el contratista, la ahora entidad demandante.

⁴¹³Ver S.T.S. de 9 de Julio de 1988, Ar.5946, PONENTE: Excmo. Sr. D. José Ignacio Jiménez Hernández.

de Servicios Sociales impugna la Sentencia de la sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de Diciembre de 1985, que estimó el recurso jurisdiccional interpuesto por Dragados y Construcciones, S.A., ordenando al mencionado Instituto el pago de la cantidad de 30.532.174 ptas., más los intereses de la citada cantidad, conforme al Art. 921 L.E.C., a partir de la fecha de la mencionada Sentencia, basando su impugnación en la interpretación errónea realizada por la Sentencia tanto del párrafo segundo del Art. 185 del Reglamento para la aplicación de la L.C.E, cuanto a la falta de aplicación de lo establecido a la cláusula 7.^a del contrato, en la que se establece que "en el caso de que, durante la ejecución de las obras hubiera que realizar alguna unidad no prevista, se redactará, antes de su ejecución, el correspondiente precio contradictorio entre la dirección técnica y la empresa adjudicataria, que deberá recibir la expresa autorización del Servicio Social de Asistencia a Pensionistas de la Seguridad Social, sin cuyo requisito no será admitida ni liquidada por ésta"; pero esta tesis no puede tomarse en consideración, pues tan formalista planteamiento pugna de manera absoluta con el proceder de la Administración apelante, que pese a alegar el contenido del acta de recepción provisional, donde nada se dice sobre la existencia de obras adicionales al proyecto y a la primera adición de éste aprobada en 5 de Noviembre de 1980, afirmándose que la obra ha sido ejecutada ajustándose al proyecto en todos sus detalles, en parte alguna hace una afirmación categórica de la no realización de las obras cuyo importe ahora se reclama, viniéndose a reconocer su efectividad y la realidad de que el primer adicional fue aprobado con posterioridad a su ejecución, prescindiendo total y absolutamente del cumplimiento de la cláusula cuya observancia ahora se exige; es decir, ha existido una línea de confianza en ambas partes determinante de la actuación de buena fe de las dos, que se quiebra en el momento final por parte de la Administración actuante para, a causa de los formalismos contractuales, denegar el pago de obras ordenadas por el arquitecto director y representante en la obra de la citada Administración, pero sin exigir responsabilidades a éste, ni la adaptación de la obra al proyecto y al primer adicional aprobado, con lo cual, de aceptarse la tesis de la Administración recurrente, se llegaría a una situación de enriquecimiento por parte de ésta, en modo alguno, calificable de justo; cierto que existe, en alguna medida, exageración al destacar el papel pasivo de la sociedad constructora y su desconocimiento de la actuación irregular que ambas partes estaban teniendo, al apartarse de lo convenido, pero no es factible ampararse, cual hace la Administración recurrente, en un precepto formal cual el invocado, queriendo desconocer su actuación procedente y, lo que es más grave, sin aceptar las consecuencias que tal postura comporta, en orden a no aprovecharse de aquellas realizaciones cuyo pago se rechaza.

Finalmente, el T.S. resalta⁴¹⁴, que al tratarse de obras realmente ejecutadas y que aparecen admitidas por la Corporación municipal, habrán también de satisfacerse por la misma.

⁴¹⁴Ver S.T.S., de 4 de Septiembre de 1989, Ar.6566, Ponente: D.MANUEL GORDILLO GARCÍA. Constituye el objeto del recurso el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burriana, de 6 de Noviembre de 1984, aprobatorio de la certificación número 7B de las obras de apertura y urbanización de la ronda interior del río Anna, cuyo objeto eran las "variaciones y excesos de obra" en la ejecución del previo contrato de obra celebrado con la Empresa "Construcciones Juan Pascual, S. A.". Pretende el actor la declaración de nulidad o anulabilidad del acto recurrido en base a supuestas razones de índole formal. Debe indicarse que en la realización del exceso no hubo desacuerdo alguno entre el Ayuntamiento y la

6.3.4. Casos donde no se reconoce derecho a indemnización al contratista.

Como hemos visto en el punto anterior la cuestión de reconocer o no derecho a indemnización es una cuestión de prueba en última instancia de que el contratista realizó el modificado por iniciativa de la Administración. Y en algunos casos esa prueba no se consigue⁴¹⁵.

contratante. La modificación contractual fue objeto de diversos informes favorables de órganos locales (Intervención Municipal de Fondos y Comisión Informativa de Hacienda), y de deliberación en sendas reuniones de la Comisión Municipal Permanente, que tras un amplio análisis de la misma la aprobó, con el voto en contra del Concejal recurrente. El T.S. estipula que como se declara con acierto en el segundo de los fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada- ha de estimarse la facultad de la citada Corporación municipal, con arreglo al Art.54 del R.C.C.L., de 9 de Enero de 1953, de aprobar modificaciones en las "obras de apertura y urbanización de la ronda interior del río Anna", realizadas de conformidad con los informes detallados del Ingeniero municipal director de las obras y sin que el importe del incremento supere la quinta parte del presupuesto total del proyecto, cuales son las "variaciones y exceso de obras" recogidas en la certificación 7B, que se impugna por el recurrente; prerrogativa que asiste también al Ayuntamiento de Burriana, como órgano de contratación a tenor de lo establecido en el Art.48 de la L.C.E de 8 de Abril de 1965, en relación con el Art. 18 de la propia Ley (en la redacción dada a este último por la de 17 de Marzo de 1973) y por el Art. 146 del R.G.C.E. de 25 de Noviembre de 1975, cuyos preceptos son aplicables a la contratación de las Corporaciones Locales conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda de su específico Reglamento de 9 de Enero de 1953.

⁴¹⁵ Sirva de botón de muestra paradigmático la S.T.S. de 17 de Octubre de 1989, Ar.7375, Ponente: D. ANTONIO BRUGUERA MANTE. Con motivo de una modificación estructural, se acordó la sustitución de vigas de cemento que eran las originariamente proyectadas por otras de hierro tipo Boyd, que manifiesta la actora supone un incremento de precio por suma de 3.618.651 ptas., que, según dice, fue acogido junto con la propuesta de precios contradictorios por el Arquitecto Director para que redactase un proyecto complementario. Sin embargo, aunque se reconoce por la Administración el cambio de material de la estructura, se niega que ello suponga un aumento del importe presupuestado de las obras. A este respecto, es de resaltar el informe del Perito judicial que, en lo concerniente a este extremo, manifiesta que el cambio de vigas es una sustitución compensatoria que, a cambio de eliminar la cabeza de compresión de las vigas, supone un ahorro de hormigón además de las sopandas y puntales para la puesta en obra; además, entiende el Perito que se produjo una permuta en que, por una parte, hubo ahorro de hormigón y mayor rapidez en la ejecución a cambio de un mayor desembolso en kilos de hierro. Por ello, al no haberse determinado pericialmente si existió o no equivalencia económica en los cambios de materiales expresados, hay que llegar a la conclusión de admitir la certeza de lo manifestado por la Dirección técnica en el sentido de que tales variaciones se hicieron sin aumento del presupuesto de común acuerdo y según lo proyectado. Aunque debe reconocerse que todo ello produjo el consecuente retraso justificado en la terminación de las obras. La misma suerte desestimatoria que las anteriores debe merecer la reclamación basada en una partida por supuestos excesos de obra no certificados por la Dirección Facultativa y que evalúa en la suma de 270.731,16 ptas., ya que también en este caso puede predicarse la falta de probanza de los hechos constitutivos de tal petición pues, aparte de que como se indica carecen de certificación de su realidad, tampoco puede demostrarse posteriormente al haber quedado parte de las obras totales sin ejecutar, y cuya ejecución se adjudicó a otra empresa, que las terminó. El Supremo acepta la Sentencia apelada y dice que la apelación que plantea «Norca, S.A.», por el único motivo de no haber aceptado la Audiencia su reclamación de 3.618.651 ptas., derivada de la modificación de la estructura por sustitución de las vigas de cemento proyectadas por las de hierro utilizadas, no puede tampoco acogerse porque sobre este punto también procede aceptar los razonamientos de la recurrida, sin que de ninguno de los particulares que esta apelante cita en su escrito de alegaciones (y que esta Sala ha examinado cuidadosamente) se desprenda con la claridad necesaria que la posible diferencia económica derivada de la sustitución de las vigas importase la indicada suma de 3.618.651 ptas., o alguna otra inferior o superior. Esto, que era lo esencial, no se prueba, y sin esta prueba, que corría a cargo de quien reclamaba, no puede haber condena (Art. 1.214 del C. Civil); siendo esta falta de concreción probatoria, solamente atribuible a la demandante, la que ahora forzosamente ha de determinar la absolución de la

En general, las obras no previstas que hace el contratista motu proprio no las tiene que pagar la Administración⁴¹⁶. A este respecto podemos empezar citando varios asuntos de los años ochenta.

Una primera de Febrero de 1980⁴¹⁷. El T.S., declara que no es posible fundar exclusivamente en el Art. 47.1 de la L.C.E., subsidiariamente aplicable, el abono al contratista de las cantidades de obras ejecutadas con exceso sobre la contrata porque éste precepto en relación con el 12.1 de la misma Ley no constituye una negación del principio de inalterabilidad del contrato (expresa en el Art. 51 del R.S.C.L.) sino simplemente una previsión ordenada a los casos de liquidación de la obra realizada, bien por inejecución parcial debida a rescisión u otro motivo (así en la Sentencia de la Sala 3ª de 18 de Noviembre de 1.978), bien por un exceso que sea consecuencia de la aplicación de otros principios rectores del contrato, pero no simplemente de la unilateral modificación por el contratista, ya que en ese caso resultaría pura y simplemente la posibilidad incontrolada de que aquel alterarse el contenido contractual pactado sin más que introducir aumentos de obra; de ahí que éstos solamente puedan producir el efecto

demandada porque no podemos condenar a hacer un pago que no ha sido acreditado en los términos precisos que permitan formular sobre su base un fallo de condena.

⁴¹⁶ Como se dice en general en la S.T.S., de 10 de Octubre de 1987, Ar.8332, D. José Ignacio Jiménez Hernández.

⁴¹⁷ Ver S.T.S., de 22 de Febrero de 1980, Ar.740, Ponente: D. JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ. El Ayuntamiento de Montalbán adjudicó a un empresario la ejecución de las obras de construcción de un Colegio Libre Adoptado de Enseñanza Media. Con fecha 15 de Enero de 1.973, se suscribió por el Aparejador de la obra y por un arquitecto relación referente al edificio, que designaba como "Resultado final de mediciones practicadas a obra ejecutada con expresión de precios unitarios, según proyecto en los conceptos en el mismo reflejados y determinados contradictoriamente en los conceptos sin expresión del proyecto, con resultado de presupuesto total". Por el Ayuntamiento de Montalbán, en sesión de 25 de Enero de 1.973; se acordó: aceptar las modificaciones que supongan partidas nuevas por causas imprevisibles e inevitables y que, por tanto, no estuviesen incluidas en el proyecto inicial. Aceptar igualmente las modificaciones que supongan variaciones de detalle o de mejora de calidad. No aceptar las modificaciones que supongan aumento de unidades sobre las contratadas según proyecto, por entender que no concurren los requisitos esenciales que justifican tales modificaciones. Requerir al Sr. Arquitecto para que formule certificación de obra en que se recojan las partidas con modificación aceptada. Facultar al Sr. Alcalde para que en fundamento a este Acuerdo efectúe una relación de las partidas cuya modificación se acepta, con expresión de su denominación, resultados, precios unitarios e importe. Por el Ayuntamiento de Montalbán se acordó, el 29 de Marzo de 1.973, aceptar las variaciones introducidas como partidas nuevas y de variaciones de detalle o mejora de calidad en el contrato de ejecución de obra otorgado con el empresario, prestar conformidad a la Memoria redactada por el Arquitecto Director de la obra y aprobar la certificación adicional que estas alteraciones representan sobre el contrato inicial y que asciende a 1.051.961,58 ptas. La resolución municipal impugnada aceptó ciertas variaciones de la obra ejecutada respecto de la contratada por la Corporación para construir un edificio destinado a Colegio Libre de Enseñanza Media Adoptado, si bien incrementó la suma contratada solamente en la cantidad resultante de las partidas nuevas por causas imprevisibles no incluidas en proyecto, las modificaciones que supongan variaciones de detalle o de mejora de Calidad y no por tanto todas las incluidas en la certificación que había pretendido el contratista después de la recepción provisional, rechazando expresamente les que suponían aumento de unidades sobre las contratadas según proyecto. Se interpuso contra el anterior acuerdo recurso contencioso-administrativo ante la Sala Jurisdiccional de la Audiencia de Zaragoza estimando parcialmente, el recurso, declarando que el importe de la certificación adicional a satisfacer al actor, debía ascender a 1.694.199,31 ptas., quedando incluido en dicha cifra el importe de las modificaciones, mejoras de calidad y aumento de unidades de obra ejecutadas sobre les figuradas en el proyecto, en lugar de las 1.051.961,58 ptas., que habían sido aceptadas por la Corporación, habiéndose apelado por el Abogado del Estado al entender jurídicamente improcedente aumento alguno sobre el exceso ya admitido.

de su abono cuando sean consecuencia de modificaciones legítimas ordenadas por la Administración en uso de las potestades atribuidas al efecto por razones de interés público en el Art. 54 del Reglamento de Contratación citado o las meras variaciones de detalle que puede disponer según el 53, o como consecuencia de la aplicación del principio del enriquecimiento injusto que a su vez, con una interpretación flexible de esos preceptos en orden a la modificación del contrato, determina el abono de las modificaciones pero no como consecuencia simple de su ejecución por el contratista, sino por haber sido ordenadas o admitidas por la Administración, con infracción de las normas de procedimiento, tal como esta Sala ha interpretado en Sentencias de 16 de Diciembre de 1.974 o 15 de Marzo de 1.978 y las que ella se citan. Que en el caso no hay la menor constancia en el expediente (ni nada se ha probado en autos) acerca del modo como pudieron tener lugar aquellas variaciones en las obras contratadas y los aumentos en las mismas, puesto que lo único que resulta es que, con motivo de la recepción provisional y de una medición de obra presentada meses después por el Aparejador y que excedía del valor de la contrata, tuvo lugar un informe del Arquitecto Director que certificó acerca de la ejecución de esas obras y de su valor en exceso sobre el presupuesto, adoptándose en consecuencia por la Corporación el acuerdo de aceptar solamente algunas de las partidas que las componían (o sea las nuevas por causas imprevisibles, las modificaciones de detalle o mejora de calidad,) y de las que se libró por el Arquitecto certificación adicional ordenándose su abono por cuantía de 1.051.961,58 ptas., fuera pues de esas aceptadas por la Corporación no hay prueba alguna de que por sus órganos competentes se diese orden de introducir modificaciones dentro o fuera de lo permitido por los preceptos que se mencionan de modo regular o irregular o de que se permitieran o tolerasen y lo único que consta es esa ulterior certificación del Arquitecto Director que, por sí sola no puede constituir prueba en cuanto se limita a certificar de la ejecución de la obra sin determinar si la orden partió del mismo, autorizado o no por la Corporación a tenor del Art. 53 y por supuesto, sin explicar si existió orden directa de aquella para introducir las modificaciones a que se refiere el 54; como consecuencia de todo ello, resulta la improcedencia en derecho de abonar mayor suma de la aceptada por la Corporación en el acto recurrido y por tanto procedente revocar la Sentencia de la Sala de primera instancia para declararlo así.

A mediados de los ochenta también debe citarse una Sentencia de 1986⁴¹⁸. Entrando en el fondo o núcleo de la cuestión debatida, o sea, en la pretensión de fijación de un

⁴¹⁸ Ver S.T.S., de 27 de Noviembre de 1986, Ar.6380, D. Julio Fernández Santamaría Las obras fueron adjudicadas a Agromán que solicitó el establecimiento de nuevos precios de la partida denominada "dragado en cualquier clase de terreno», fundándose en la que considera desviación entre las previsiones del proyecto inicial y la realidad geológica del terreno sobre el que debía efectuarse el trabajo, así como en la necesidad no prevista, de adoptar medios que califica de "atípicos» para la voladura del terreno, debido a la presencia constante de barcos butaneros transportando gases licuados en la proximidad de las obras. La Junta del Puerto de Gijón, en 15 de Septiembre de 1981, previo los informes del Director de Puerto y de la Abogacía del Estado, acuerda exigir del contratista el cumplimiento del contrato en sus propios términos, por entender que los únicos documentos que, respecto del dragado, revisten carácter contractual son los planos, el Pliego de Prescripciones Técnicas y cuadro de precios; contra dicho acuerdo el contratista formuló recurso de alzada resuelto el día 28 de Junio de 1982, y contra éste se interpuso recurso de reposición al que puso fin la resolución que ahora se recurre en vía jurisdiccional. El Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por Orden de 28 de Junio de 1982, acordó desestimar el recurso de alzada interpuesto por la sociedad " Agromán, Empresa Constructora, S. A.», contra resolución de la Junta del Puerto de Gijón de Septiembre de 1981, declarando, en cuanto al fondo, que no ha lugar a

nuevo precio para la partida "dragado en cualquier clase de terreno» y el derecho de la sociedad contratista demandante al abono de las obras efectivamente ejecutadas, se rechaza por el T.S., dicha pretensión por las razones siguientes: a) Los planos, pliegos de prescripciones técnicas y el cuadro de precios, que tienen carácter contractual conforme el Art. 82.1 del R.G.C.E., no incluyen especificación alguna sobre las condiciones geológicas del terreno a dragar, como resulta del Art. 1.2 de los pliegos que habla de "dragados parte en arena y fango y el resto en roca», mientras que los precios 1 y 2 del cuadro se fijan por "m³ de dragado en cualquier clase de terreno», precisando que "no admite descomposición»; b) No admitimos los argumentos del contratista acerca de unas nuevas previsiones del proyecto, ya que éste no forma parte del contrato y tales previsiones no pueden desvirtuar los términos precisos en que la Administración y el contratista se han obligado mediante el contrato y los documentos del mismo que revisten carácter contractual; c) Al ser el contrato administrativo de obra un contrato de resultado y a precio alzado, se celebrará a riesgo y ventura del contratista, pues la garantía del equilibrio financiero del contrato sólo podrá obtenerse mediante previsiones introducidas en las cláusulas del contrato; d) Tampoco cabe que prospere el motivo alegado por el contratista de la necesidad de adoptar medios para la voladura del terreno, que califica de "atípicos», pues según los informes técnicos éstos son los habituales en el puerto de Gijón en el que es frecuente la presencia de barcos butaneros, y, además, ningún documento contractual fija o prevé los procedimientos concretos para llevar a cabo estas voladuras.

En un asunto de 1988⁴¹⁹, presenta un gran interés porque no sirven para justificar la indemnización unas órdenes verbales. Según el Supremo a pesar del esfuerzo dialéctico

la fijación de un nuevo precio por trabajos de dragado en las obras de que es adjudicataria de "ensanche del Muelle Norte» en el Puerto de Gijón; al tiempo que se revocaba, por incongruencia, la propia resolución de la Junta del Puerto. Agromán planteó recurso judicial, porque aunque la antedicha resolución, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estados, revocó la resolución de la Junta del Puerto de Gijón de 15 de Septiembre de 1981, este Organismo hizo caso omiso de tal revocación y formuló y pagó las obras ejecutadas por la sociedad demandante al precio que estimó, arbitrariamente, oportuno, causándola con ello graves lesiones, en sus bienes y derechos, declarándose el derecho de la sociedad contratista demandante al abono de las obras efectivamente ejecutadas, previo un expediente contradictorio para determinar su valoración real de acuerdo con los derechos que, al respecto reconoce la legislación vigente sobre contratos del Estado.

⁴¹⁹Ver S.T.S. de 27 de Junio de 1 Ar.4775, PONENTE: Excmo. Sr. D. José María Reyes. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza desestima el recurso de "Corviam, S.A." contra la Diputación Provincial de Zaragoza por no querer pagar la valoración líquida de la obra ejecutada, incluida revisión de precios, con motivo de la construcción de la Vía Provincial de Alborge a la carretera de La Zaida a Sástago. Corviam, S.A., adjudicataria de las obras, postula, como pretensión n.º 1 la declaración de que la obra adjudicada y el proyecto, fue modificado por supresión, reducción y aumento de unidades, introducción de otras no comprendida en la contrata, cambio de planes y emplazamiento de la obra, obras accesorias y complementarias e introducción de una nueva obra consistente en la construcción de la carretera de Sástago al cementerio. Las pretensiones n.º 2 a 11, se refieren a declaraciones de introducción de unidad de obra no comprendida en el proyecto consistente en excavación, en desmonte en terreno de tránsito y roca; que el volumen de excavación no previsto ni valorado en proyecto debe abonarse al precio nuevo de 508 ptas. m³; que la unidad de relleno con material granular ha de abonarse al precio de 740 ptas. m³; que la unidad de hormigón en masa H. 200 ha de abonarse al precio de 6.631 ptas., m³; que la unidad de forjado de viguería y bovedilla de hormigón prefabricado ha de abonarse a 1.235 ptas. m, que por diferencias, a favor y en contra, de la actora y la Diputación Provincial, el valor de ejecución de las unidades de obra contempladas ascendió a 8.678.998 ptas., y su valor líquido, o de abono a Corviam, S.A., es de 12.721.936 ptas. La pretensión 12 postula la

declaración de que Corviam, S.A., pagó a Laboratorios Proyex, S.A., por concepto de ensayos 872.377 ptas., que la Diputación Provincial ha de abonar a Corviam, S.A., el exceso del 1 por 100 del presupuesto de las obras más el 22 por 100 -el 16 por 100 de gastos generales y 6 por 100 de beneficio industrial-, es decir 574.576 ptas. Las pretensiones 13 y 14 se refieren a la declaración de que la obra de construcción de una carretera entre Sástago y el Cementerio constituyó una obra nueva no contemplada en el proyecto y que la diferencia a favor de Corviam, S.A., es de 9.877.357 ptas. La pretensión 15 consiste en la declaración de que por los trabajos realizados después de terminadas las obras de la Vía Provincial existe una diferencia a favor de Corviam, S.A., de 3.203.413,90 ptas. En la Sentencia de instancia se afirma: Que el rigor y formalidades inherentes a la contratación administrativa mediante el procedimiento de concurso subasta implica un cabal y completo conocimiento, por parte de los licitantes, de las obras a realizar, obtenido a través del proyecto, prepuesto y Pliegos de Condiciones Facultativas y Técnico Administrativas, información que debía ser determinante no sólo la concurrencia de la actora, sino de la oferta que realizó, con una notable rebaja de algo más de cuatro millones de ptas., en relación con el tipo de licitación anunciado, rebaja que, sin duda, influyó decisivamente en la adjudicación que a favor de aquélla recayó, prevaleciendo sobre las proposiciones presentadas por las Empresas Constructoras Dragados y Construcciones, S.A., que la Corporación Provincial entendió que, con la de la actora, reunían condiciones suficientes para pasar a la fase de subasta. Debiendo recordarse al respecto que, establecido por el Art. 13 de la L.C.E., en su modificación por Ley n.º 5 de 17 de Marzo de 1973, y por el concordante Art. 32 del Reglamento General de 25 de Noviembre de 1975, que los contratos se celebraron "bajo los principios de publicidad y concurrencia", una modificación grave y sustancial de la obra a realizar o su presupuesto implicaría quiebra de tales principios en orden a la adjudicación realizada. 6º Considerando: Que siendo principio inspirador de la contratación administrativa el de que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista" - Art. 40 de la L.C.E y Art. 132 del R.G.C.E -, los Arts. 44 y 130 de los citados textos normativos, determinan que "las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo y conforme a las instrucciones que en interpretación del mismo diere al contratista el facultativo de la Administración, que será de obligado cumplimiento para aquél siempre que lo sean por escrito", si bien el Art. 47 de la Ley y el 132 del Reglamento establecen que "el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecuta, con arreglo al precio convenido". A la vista de la anterior normativa es claro que la prueba de la mayor obra realizada o de la procedencia de aplicación de precios superiores a los previstos, corresponde a la actora, produciendo perplejidad alguna de las manifestaciones de esta, cual la contenida en el hecho sexto de la demanda, según el que, a petición del Ayuntamiento de Sástago, la Diputación Provincial ordenó a Corviam, S.A., a través del Director de la obra, la construcción de una carretera, de 9 metros de anchura y 381 m. de longitud, no prevista en el proyecto, obra nueva, encargada verbalmente, sin mediar ningún documento previo de la Administración aprobando la ejecución; o cuanto se expresa en el hecho decimocuarto, en que afirma haber intentado, en vano, diálogo con el Ingeniero Director, "a fin de obtener la inclusión en liquidación de los acuerdos verbales habidos durante la ejecución de las obras", entre los que señala la fijación de precio nuevo para la unidad de excavación de roca, motivada por traslado de emplazamiento de vía provincial, que había supuesto trascendentales modificaciones del proyecto "que el Contratista no tenía por qué haber realizado con la previa tramitación de los correspondientes modificados, pero que realizó por deferencia..." Las aseveraciones transcritas, de ser probadas, configurarían una actuación de hecho, operada sin formalidad ninguna, respecto a obra no prevista en el proyecto, en cuanto se refiere a la construcción de la carretera, y por lo tanto no amparados por los ya citados Arts. 44 de la Ley y 130 del Reglamento, y, en cuanto a los supuestos "acuerdos verbales" para la fijación de nuevos precios por excavación a consecuencia de modificaciones del proyecto, a que no se dio la debida tramitación, pero que se ejecutaron por el contratista "por deferencia", su irregularidad se deduce de su misma enunciación, y, en cualquier caso, exige la probanza del precio convenido, según lo dispuesto por los ya reseñados Art. 47 de la Ley y 132 del Reglamento. Por fin, es de señalar que el reconocimiento por la actora, en el párrafo tercero del hecho decimosexto de la Demanda, de que "Corviam, S.A., consintió en aquellos momentos que no se realizasen administrativamente los modificados y que no se fijasen entonces los precios contradictorios, confiando en la promesa del señor Ingeniero Director de que todo ello sería incluido en la liquidación", implica paladina aceptación del incumplimiento del Art. 150.2 del R.G.C.E., según el que "cuando las modificaciones del proyecto supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características difieren sustancialmente de ellas, los precios de aplicación a las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director de las obras y de las observaciones del contratista

de dicha parte para tratar de justificar sus pretensiones, consistentes todas ellas en la obtención de una mayor retribución por obras ejecutadas, a través de las pruebas practicadas no se ha acreditado que concurren las circunstancias legalmente exigidas para que el Tribunal «a quo» tuviera que haber resuelto en sentido distinto al en que lo hizo, porque, si bien es cierto que, conforme al Art. 47 de la L.C.E. y 142 de su Reglamento, el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, es regla general que el cumplimiento y efectos de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes, y es consecuencia de esto que ningún contratista pueda pretender el abono de obras que, aunque las haya efectuado por su unilateral voluntad, excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas y se acredite que resultaban imprescindibles para que éstas se realizaran en la forma proyectada, y en la presente ocasión no se trata de que se hayan dejado de abonar las que fueron pactadas y ejecutadas sino de obtener una mayor remuneración por modificación de las previstas o del modo de llevarlas a cabo, pero es el caso que ni siquiera se ha acreditado que, de existir las alegadas mutaciones, éstas se hubieran acordado por el Órgano administrativo, como único competente al efecto, careciendo de significación las meras indicaciones verbales que el Ingeniero director pudiera hacer pues si a éste compete indicar cómo ha de llevarse a cabo lo proyectado, carece de competencia para modificar los proyectos, mas, aun cuando constase que fue la Diputación quien, de algún modo, modificara éstos, tal posibilidad está prevista en los Arts. 50 de la referida Ley y 150 del Texto Reglamentario, por cierto sin que ello de derecho al contratista para obtener una indemnización, en todo caso, sin perjuicio de su posibilidad de instar la resolución del contrato, si es que concurren las condiciones establecidas para ello en el número 2 del Art. 157 de dicho Reglamento. Convencen de todo esto, las consideraciones de la Sentencia apelada como reflejo fiel y obligada consecuencia de las actuaciones constantes en el expediente administrativo así como las pruebas practicadas en la prueba pericial propuesta por la actora, y referida a cada una de las circunstancias alegadas por la misma como supuestamente determinantes del incremento del coste de ejecución de las obras, y de cuyas conclusiones, por simple vía de ejemplo, conviene destacar la intrascendencia que, al efecto, tienen esas modificaciones que se refieren a una mayor dificultad en la excavación de los terrenos, cuyo sistema fue expresamente aceptado por el contratista que, como profesional, debía saber qué consecuencias o incidencias podría

en trámite de audiencia", con la consecuencia en el caso de que el contratista no aceptase los precios aprobados, de que éste "quedará exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra y la Administración podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlos directamente", y agregando el último párrafo del mismo Art. que "la modificaciones del contrato deberán formalizarse en documento administrativo". De lo anterior se desprende que, de aceptarse los hechos en la forma relatada por la actora, es evidente que provocó, o consintió, patentes irregularidades, prescindiendo de procedimiento de ineludible observancia para la fijación de precios de las supuestas nuevas unidades de obra, de que parece deducir la necesidad de aceptar el que unilateralmente señala, conclusión que la Sala no acepta ya que, como queda dicho, la consecuencia, en caso de ser determinado aquel precio siguiendo el cauce reglamentario es que el contratista, sobre no tener obligación de aceptarlo, queda exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra. Que, en resumen, las pretensiones deducidas en el suplico de la demanda se refieren: De la 1 a la 11, y de la 13 a la 16, a declaraciones relativas a modificación del proyecto, introducción de nuevas unidades de obra, determinación de volúmenes y nuevos precios, diferencias del valor de ejecución, realización de obra nueva no prevista en el proyecto, liquidación de esta valoración de obras realizadas después de terminadas las obras de la Vía Provincial y diferencias en su valoración, y en revisión de precios.

acarrear el que se preveía, llegando, no obstante ello, a ofrecer una rebaja del 11 % respecto del precio unitario calculado, haciéndose referencia, además, por el Perito a otras variaciones de la obra imputables a la Sociedad contratista, que, en consecuencia, no puede pretender la reparación de resultancias lesivas cuya causa le sea imputable, aludiendo también aquél a la inadecuación de las valoraciones propuestas por aquélla para los trabajos de excavación, por «muy superior a precios vigentes en el momento de ejecución de la obra informada», y al valor asignado a obras no previstas específicamente en el Proyecto, por ya incluidas, aunque de modo implícito, en otro concepto de éste, como las de «perfilado manual de cunetas con rastrillos y cordel», y la cuantía correspondiente al empleo de materiales y maquinaria, pericialmente considerada como superior en un 20% respecto de los precios corrientes, entendiéndose, por fin, improcedente la reclamación que se efectuaba por acondicionamiento de la intersección de la V.P. 30 con la carretera de Sástago-Cinco Olivas, ya que en el dictamen se razona, con base en la normativa legal aplicable, sobre el hecho de que se trataba de una modificación parcial de la obra y no de una obra nueva, que habría exigido el cumplimiento de específicas formalidades, por todo lo cual y por cuanto se razona en idéntico sentido por la Sentencia apelada, es procedente que la misma se confirme.

Ya en la década de los noventa puede citarse el caso Benso⁴²⁰. El T.S.J., de Cataluña dictó Sentencia con fecha 15 de Noviembre de 1991, desestimando el recurso destacando que la prueba pericial practicada en autos por el perito, arquitecto, designado por insaculación, no deja lugar a dudas de que las partidas antes reseñadas que reclama la actora no quedan justificadas ya que en cuanto a las mediciones "no se puede

⁴²⁰Ver S.T.S., de 27 de Octubre de 1997, Ar.7632, Nº de Recurso: 1198/1992, Ponente: D. JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. La entidad Benso. S.A., a quien fue adjudicada como contratista por la Diputación Provincial de Tarragona las obras del "Proyecto de restauración del Palacio Bofarull y adaptación para Conservatorio de música de Reus", impugna en primer lugar el acuerdo de la Corporación Provincial de 11 de Noviembre de 1.988, por el que se ordena a la empresa adjudicataria de dichas obras reemprenda su ejecución, con total normalidad y al ritmo marcado en el programa de trabajo y se le deniega la revisión de precios o aplicación de precios contradictorios solicitada por la empresa en base a dificultades en la colocación de una grúa en la obra y en el aporte de materiales y retirada de escombros, deduciendo en relación con el mismo, junto con la pretensión de declaración de su nulidad, la de que se declara el derecho de Benso S.A. al abono de las diferencias de mediciones, precios contradictorios presentados y mayor importe de las obras efectivamente ejecutadas; y, en segundo lugar impugna el acuerdo de 24 de Febrero de 1.989, de la Comisión de Gobierno de la Diputación Provincial de Tarragona por el que se acordó la rescisión del contrato de obras del que era adjudicataria Benso S.A. por causas imputables al contratista, aprobar la liquidación de la obra, la incautación de la fianza en su día constituida y exigir a la empresa los daños y perjuicios que ocasionen a la Diputación la rescisión del contrato, deduciendo en torno al mismo, además de la pretensión también de su nulidad, la de que sea declarado el derecho de Benso, S.A a la rescisión del contrato por causas imputables a la Diputación y a la devolución de la fianza. Funda la parte actora su impugnación de los actos recurridos en cómo la imposibilidad de utilizar los medios mecánicos previstos en el Proyecto y diversas insuficiencias de éste han supuesto para la empresa adjudicataria de las obras, por diferencias de mediciones (281.853 ptas.), unidades no previstas en el proyecto (3.566.068 ptas.) y costes reales de las unidades de obra ejecutadas entre la imposibilidad de utilizar los medios mecánicos (grúa y camiones de 10 toneladas) previstos en el Proyecto (5.709.277 ptas.), una cantidad total de 9.557.198 ptas., cuyo abono correspondería a la Administración demandada en base a los Arts. 44 y 47 de la L.C.E. y 130 del R.G.C y a los Arts. 106.2 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en cuanto a estos últimos prevén la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

asegurar la certeza de las diferencias de mediciones, al no poderse verificar la realización de dichas demoliciones, ya que no se puede conocer la situación inicial del edificio, ni la que dejó la empresa constructora Benso, S.A., por haberse realizado obras posteriormente" (extremo XIII, punto A de la ampliación del dictamen pericial, acordada para mejor proveer), y en cuanto a los precios contradictorios presentados "no se puede asegurar que la ejecución de estas unidades, correspondientes a demoliciones no previstas en el proyecto, resultasen absolutamente necesarias para la prosecución de las obras, ni de su efectiva realización, al haberse continuado realizando obra en él (punto B del mismo extremo XIII ampliado), y en relación a los costes reales de las unidades de obra ejecutadas a causa del encarecimiento producido por la no utilización de la grúa-torre y de los camiones previstos en el proyecto "no se puede establecer si son correctos los criterios seguidos que puedan justificar los incrementos de los precios" (punto C del mismo extremo ampliado); a lo que hubiera que añadir, según el mismo dictamen pericial, que "la instalación de una grúa-torre en cualquier obra se considera incluida dentro de los medios auxiliares que el contratista deba aportar para realizar los trabajos, por lo que no figura específicamente en el proyecto su ubicación" (extremo IV del dictamen) y que "no es cierto que la instalación de una grúa-torre en el interior del palacio Bofarull resulte imposible al estar ocupados los bajos de dicho palacio por diversos comercios abiertos al público, pues no todos los bajos del palacio están ocupados, sino que existe un local comercial libre de propiedad de la Diputación, así como el acceso principal a la planta piso también propiedad de la Diputación" (extremo V) y que "la planta baja no ocupada por comercios tiene una anchura de 4'30 metros, suficientes para ubicar una grúa pluma", sin que la ubicación de una grúa en el interior del edificio exija necesariamente unos arriostramientos en los edificios vecinos (extremos VI y VII del dictamen)⁴²¹.

⁴²¹El recurso de apelación de la Entidad Benso S.A. se orienta a que se declare por esta Sala que la resolución del contrato de obras de rehabilitación del Palacio Bofarull de Reus se debe a causas imputables a la propia Administración, reconociendo a la apelante el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados, que cifra en una suma equivalente al beneficio industrial dejado de percibir como consecuencia de la resolución contractual. Insiste para ello, en primer lugar, en una cuestión que sigue considerando crucial para demostrar un incremento desproporcionado de costes. Consiste ésta en la dificultad que supuso la imposibilidad de utilizar una grúa-torre en las obras de rehabilitación del citado Palacio. Se alega que la Sentencia recurrida no toma en cuenta, ni siquiera menciona, un segundo dictamen, aportado por la contratista en primera instancia, en el que se demuestra la imposibilidad de instalar dicha grúa-torre dentro del Palacio Bofarull, sin una auto grúa exterior en las inmediaciones del Palacio y la inviabilidad de utilizar esta última, dada la estrechez de la calle Llobera y la proximidad del parking de la Plaza de Prim. Solicita asimismo que se practique, para mejor proveer, prueba en esta apelación, para demostrar que la obra ha sido realizada en la nueva contratación, que ha debido efectuar la Diputación tras la resolución del contrato en litigio, sin la ayuda de la expresada grúa-torre. Explica el Supremo que el parecer técnico a que alude la apelante carece de fuerza de convicción y ha sido aportado extemporáneamente al proceso, en el trámite de conclusiones, sin las garantías procesales de que se adorna el dictamen emitido, dentro del periodo probatorio, por el Arquitecto Sr. Guillermo, como perito insaculado. En este último dictamen se admite, sin duda alguna y en contra de la tesis sustentada en la demanda, la posibilidad de instalar una grúa en el interior del edificio a rehabilitar. En la parte del citado informe pericial que responde a las preguntas formuladas por la Administración contratante se precisa, además, que la grúa torre podía haber sido instalada en el plazo de dos días en el interior del edificio mediante la utilización de una auto grúa situada en la calle Llobera y en la Plaza de Prim, apoyándose en la acera, sobre una plataforma de reparto de cargas, para no dañar el pavimento de la acera ni la galería de servicios situada debajo de ella. Se advierte de esta forma la afirmación que se contiene en el informe del Arquitecto director de las obras, que afirma que la empresa especializada «Cormesa» consideró factible la instalación de la grúa-torre que se discute, según consta en el estudio realizado por dicha Empresa. Las

En un asunto de 1999⁴²², se insiste en el riesgo y ventura del contratista. Se invoca la infracción por parte de la Sentencia recurrida de los Arts. 132 del R.G.C.E., y del Art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la jurisprudencia que se menciona, al prescindir la mencionada Sentencia, según las propias expresiones de ésta del examen sobre "la conveniencia o no de la realización de partidas de obra fuera de proyecto para la consecución de la finalidad perseguida y la idoneidad a tal fin de las realmente ejecutadas que obliguen a su recepción", lo que, en opinión de dicha parte recurrente, sí resulta trascendente para la resolución del litigio, ya que precisamente la idoneidad de las obras ejecutadas en exceso, para suplir las deficiencias del Proyecto primitivo, es uno de los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para obtener el derecho a su abono, habiendo seguido la Sentencia, siempre según su opinión, un criterio puramente formalista al declarar que no procede el abono "por meros incumplimientos formales", al existir constancia de "la realidad de dichas obras ejecutadas en exceso", invocando luego dicha parte infracción, por aplicación indebida, del Art. 132 del Reglamento General de aplicación, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo imprevisible y sobre la prohibición del enriquecimiento injusto, y también la regla de equidad del Art. 3.2 del C. Civil, al partirse de la necesidad de las obras realizadas, de que éstas vinieron impuestas por circunstancias no previstas ajenas al contratista, y de

alegaciones de contrario deben, así, decaer. La forma de ejecución de las obras por una contrata distinta tampoco demostraría, caso de probarse que no se utilizó grúa, la imposibilidad de realizar la obra con unos medios determinados, al ser factible, según resulta del mismo dictamen pericial, haber optado en un momento posterior por un sistema distinto, con una mano de obra de distinta cualificación.

⁴²²Ver S.T.S. de 7 de Octubre de 1999, Ar.9035, nº de Recurso: 7203/1994, Ponente: D.FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ. La Sentencia recurrida, de fecha 23 de Junio de 1.994, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J de Galicia en el recurso "conocimiento de las deficiencias del Proyecto de obras y de las ejecutadas para subsanarlas por parte de la Dirección Técnica", y en "mediciones y valoraciones de las obras realmente ejecutadas", extremos negados en la contestación a la demanda por parte de la Xunta y que son de "indudable trascendencia", según la parte recurrente, al referirse a ellos la Sentencia, que, según la misma parte, "viene a desestimar las pretensiones del demandante en recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo de la reclamación de abono de 37.316.851 ptas. formulada por la sociedad recurrente a la Dirección General de Estructuras Agrarias de la Xunta de Galicia, por las obras ejecutadas en exceso con relación al proyecto de apertura de la pista de Porta Pena--Ouro (Lugo) por falta de prueba contradictoria de los informes del Técnico Director, cuando previamente se había denegado la actividad probatoria propuesta por esta parte en dicho sentido", invocando también que los Autos de referencia no dan una respuesta razonada y motivada sobre las causas de la denegación, que, además, siempre según dicha parte, es arbitraria e irrazonable, con cita del Art. 24.2 de la Constitución. Pues el conocimiento de las deficiencias del Proyecto de Obras y de las ejecutadas para subsanarlas, por parte de la Dirección Técnica, ya resultaba de los documentos obrantes en el expediente (informes de 20 de Abril de 1.992 y Acta de comprobación de replantes de las obras de 28 de Septiembre de 1.990), como también lo estaban la realidad y las valoraciones de las obras efectivamente ejecutadas, y cuyos extremos no habían sido rechazados por la parte demandada, que viene a aceptarlos en su contestación a la demanda, por lo que, al no haber contradicción respecto de dichos hechos, la ausencia de "contradicción" a que se refiere la Sentencia no afecta a los mismos, sino a la circunstancia de que las obras realizadas "a mayores con relación al proyecto, se asumen por el contratista a riesgo y ventura", que es cuestión bien distinta de la que se pretendía probar, como viene a reconocer luego la parte recurrente en el segundo de los motivos del recurso, lo que implica que no se ha privado al recurrente del derecho que considera vulnerado, al margen de que la efectiva trascendencia de la prueba de tales hechos no concurre cuando la Sentencia recurrida, por razones que en nada se relacionan con ellos, decide desestimar el recurso, lo que también es de sumo interés a efectos de excluir la pretendida vulneración del derecho proclamado en el Art. 24.2 de la Constitución.

que fueron ejecutadas con conocimiento y tolerancia de la Dirección Técnica, habiéndose autorizado tácitamente por la Administración.

Cierto es que, atenuando y flexibilizando el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato establecido en los Arts. 46 de la L.C.E y 132 de su Reglamento, por vía de equidad y de la prohibición del enriquecimiento sin causa, de indiscutible raigambre en nuestro Derecho desde el Derecho Romano hasta Las Partidas, la jurisprudencia ha venido reiteradamente a admitir indemnizaciones y abonos en supuestos como el de exceso de obras sobre el proyecto cuando aquéllas sean necesarias, se hayan realmente ejecutado y determinen un beneficio para la Administración correlativo al perjuicio derivado para el contratista, con el fin de llegar a un resultado de equilibrio entre aquélla y éste que sólo se lograría con la pertinente indemnización a favor del contratista, y de obtener la mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes, modulaciones aquéllas al principio de riesgo y ventura de indiscutible apoyo en razones de Justicia cuya toma en consideración resulta imprescindible en la aplicación del Derecho y en la hermeneútica de sus normas, aunque su procedencia exige un examen casuístico y ponderado de las circunstancias concurrentes en un supuesto determinado al no ser posible la formulación de criterios generales al margen de aquéllas.

Desde tal punto de vista conviene reseñar aquí, con relación al supuesto objeto de enjuiciamiento por parte de la Sentencia recurrida en casación, que, tal como se recoge en el relato de hechos que ésta contiene, de imposible alteración en el ámbito de la casación, en vista de su carácter extraordinario y específico, el Director de la Obra informa con fecha de 20 de Abril de 1.992, que el proyecto inicial, una vez examinado y comprobado sobre el terreno, contiene importantes deficiencias, así como que propuso suspender temporalmente las obras hasta que aquéllas fueran subsanadas, lo que se comunicó a la Jefatura de Servicio, recibiendo después un nuevo proyecto en el que subsisten parte de las deficiencias del anterior, manteniéndose la suspensión temporal de las obras hasta que se redacte un nuevo proyecto, de lo que es consciente el contratista, que renuncia a los derechos que le amparan a tenor del Art. 158 del Reglamento de Contratación, que no "denuncia" el contrato, y que es informado de que sólo es posible una ampliación del crédito "como mucho hasta un diez por ciento para afrontar los gastos que surgieran a mayores", pese a lo cual el contratista comienza las obras y las ejecuta a su arbitrio incurriendo en un exceso que repercute en más del diez por ciento del presupuesto inicial, resultando luego que la obra, según otro informe, no se encuentra en buen estado y no puede ser entregada al uso público, denegándose su recepción por la Administración al no reunir las condiciones necesarias para ser destinada al uso público, de modo, pues, que, lamentablemente, el contratista asumió voluntariamente y al margen de lo consentido y ordenado por la Dirección de la obra un riesgo que estaba previsto y conocía apartándose incluso de las advertencias de dicha Dirección, lo que implica aceptación del riesgo y ventura que suponía el exceso de obras, que, por cierto, tampoco benefició a la Administración al no reunir las condiciones necesarias para el uso público al no ser recepcionadas.

Concluyentes son pues, a efectos de rechazar el abono que postula el recurrente por el exceso de obra que realizó, tanto la circunstancia de que no obedeció a órdenes ni a advertencias de la Administración o de la Dirección de la Obra, como la de que no

supuso ventaja apreciable alguna para ésta, a la que por ello no se puede imponer la obligación de su pago y menos cuando el importe de dicho exceso muy ampliamente superaba el presupuesto previsto, en cuanto que lo contrario supondría admitir que la simple voluntariedad del contratista, sin beneficio alguno o con escaso beneficio para la Administración, sino más bien en su perjuicio, por razón del coste no previsto, ni presupuestado, vinculara a ésta, de modo que no concurren, en absoluto, las circunstancias precisas para que, por vía de enriquecimiento injusto y de ventaja para la Administración, se acoja una excepción al principio de riesgo y ventura que sólo aquéllas justificarían, como razonado queda, en vista de los fundamentos en que necesariamente habría de apoyarse la aplicación de tal excepción, que también se explicaron, lo que ha de determinar la desestimación de dicho segundo motivo, al no considerarse producida la pretendida infracción.

Más recientemente cabe hacer referencia a dos pronunciamientos de 2001.

En primer lugar uno de Febrero de 2001⁴²³, donde el T.S., señala que el motivo del recurso no puede ser estimado. La Sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto expresa con toda claridad que: no consta orden de la Administración demandada que fundamente los alegados incrementos en la cantidad y calidad de las obras; que no aparece probada tampoco la realización de obras adicionales a las incluidas en el Proyecto de construcción del Centro Cívico; y que, además, la actora había prestado su conformidad a la certificación-liquidación final de las obras emitida por la dirección técnica. La empresa recurrente, con sus alegaciones, no justifica infracción alguna del apartado a) del Art. 54 del R.C.C.L., ya que este precepto declara obligatoria para el contratista lo dispuesto por la Corporación, sin que conste que el Ayuntamiento de Getafe hubiese adoptado un acuerdo concreto aprobando la modificación de la obra, que fuese obligatorio para el contratista, lo que el Ayuntamiento rechaza, como expondremos, y contradice los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia,

⁴²³Ver S.T.S., de 26 de Febrero de 2001, Ar.1831, Nº de Recurso: 5128/1995, Ponente: D.MANUEL GODED MIRANDA. La Sentencia dictada el 15 de Diciembre de 1.994, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J de Madrid desestima el recurso de Arpada S.A., y, remitidas las actuaciones a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Arpada solicita que el Ayuntamiento de Getafe (Madrid) ha de pagar la cantidad de 14.168.438 ptas., en concepto del importe de las unidades de obra y partidas que se hallan descritas en el Proyecto de terminación de obra denominada "Centro Cívico y de la Tercera Edad en el Barrio de San Isidro" de Getafe (Madrid) confeccionado el día 29 de Junio de 1.990, por la Dirección Facultativa de dicha obra por haber sido ejecutadas en la realidad por la recurrente y no encontrarse contempladas en el Proyecto de construcción de Junio de 1.987, basado en la infracción del principio de derecho del enriquecimiento, injusto sin causa en perjuicio de un tercero. Se alega infracción, por no aplicación, del Art. 54, apartado a), del R.C.C.L., aprobado por Decreto de 9 de Enero de 1.953, que permite la modificación por las Corporaciones Locales de las prestaciones de obra o servicio contratado, por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, siempre que no se altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte, cuando sin introducir nuevos elementos en los proyectos y cláusulas iniciales, se altere la cantidad de los mismos, caso en que "será obligatoria para el contratista lo dispuesto por la Corporación". La parte recurrente entiende que, comparando el Proyecto de terminación de la obra de 29 de Junio de 1.990, con el Proyecto de ejecución de Junio de 1.987, se observa que el ascensor instalado es de mayor cabida y calidad que el contemplado en la página 230 del Presupuesto de ejecución de 1.987; que el Ayuntamiento de Getafe, al contestar a la demanda, reconoció que la recurrente instaló efectivamente un ascensor de mejor calidad; que el Proyecto de terminación está firmado tanto por el Arquitecto como por el Aparejador de la obra, lo que significa que la empresa no instaló el ascensor por su voluntad unilateral, sino por órdenes expresas de la Dirección Facultativa.

según los cuales, no consta orden de la Administración demandada que fundamente los alegados incrementos en la cantidad y calidad de las obras. El motivo de casación trata de combatir los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, postura inaceptable en un recurso de casación, al estar excluido de la enumeración de los motivos casacionales que se contiene en el Art. 95.1 de la L.J. el error en la apreciación de la prueba (Sentencias de 18 de Noviembre y 2 de Diciembre de 1.995 y 10 de Octubre de 1.997, entre otras muchas). Por otra parte, los argumentos que hace valer Arpada S.A. no pueden ser aceptados. La comparación del Proyecto de terminación con el Proyecto de ejecución tropieza con el obstáculo esencial de que el Ayuntamiento de Getafe, al contestar a la demanda, y lo mismo se reitera en el escrito de oposición al recurso de casación, manifiesta, sin que se justifique lo contrario, que el Proyecto de terminación, presentado por la representación de Arpada ante la Corporación, no fue aprobado por la misma, por no estar conforme con el Proyecto de obras aprobado en su día. La frase que el Ayuntamiento consignó en el escrito de contestación, diciendo que todas las instalaciones y servicios generales a que se alude en el Proyecto de terminación estaban incluidas, de una u otra forma, en el Proyecto de construcción del Centro Cívico, no puede ser entendida sino como rechazo de la pretensión de pago hecha valer por la empresa contratista. Por último, siempre subsistirá como causa que impide aceptar la reclamación de Arpada S.A. el hecho, expresado en la Sentencia de instancia, de que la referida empresa prestó su conformidad a la certificación-liquidación final de las obras emitida por la dirección técnica, firmando la misma, como consta en el expediente administrativo. El segundo motivo de casación entiende el T.S., que es equivalente en su argumentación al primero, si bien alega infracción del apartado b) del Art. 54 del R.C.C.L. y del Art. 1.593 del C. Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, pero fundamentando las aludidas vulneraciones en los razonamientos ya expresados en el motivo primero, que se proyectan sobre el total de la cantidad reclamada de 14.168.438 ptas. El motivo debe ser desestimado según el T.S., por los fundamentos ya consignados al contestar al primer motivo del recurso. La desestimación resulta asimismo procedente ya que, en primer lugar, el Art. 54. b, del Reglamento de Contratación, prevé un supuesto en que los precios han de establecerse "en forma contradictoria", de modo que, si no se lograra acuerdo, la Corporación podrá denunciar el contrato, sin que tal procedimiento para fijar los precios discutidos se haya aplicado en el supuesto enjuiciado. El Art. 1.593 del C. Civil, faculta al contratista para pedir aumento de precio cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de la obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario, lo que no ha tenido lugar por parte del Ayuntamiento de Getafe. En cuanto a la jurisprudencia citada, el principio general de derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa, como corrección al postulado de la inalterabilidad de los contratos administrativos, exige para su aplicación que el exceso en la cantidad o calidad de las obras que hubiese de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes expresas o tácitas de la Administración, aunque tuviesen vicios de forma (cfr. Sentencias de 20 de Diciembre de 1.983, 24 de Enero y 27 de Febrero de 1.984 y 20 de Octubre de 1.987, todas ellas mencionadas en la de 28 de Enero de 2.000). Si no fuera así, la extensión de las obras, su posible ampliación o mejora, y el derecho a su cobro, dependerían de la exclusiva voluntad del contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por la sola voluntad de una de las partes. Como en el caso de autos no consta orden de la Administración demandada que fundamente los alegados incrementos en la cantidad y calidad de las obras, no procede

aplicar la jurisprudencia invocada por la empresa recurrente y el motivo, como el anterior, no puede prosperar⁴²⁴.

En segundo lugar hay que referirse a un caso de Junio de 2001⁴²⁵. El T.S.J., de Madrid estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación de NORCA, S.A. contra la resolución de 18 de Mayo de 1.990 de la Presidencia de la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia, declarando (dicha Sentencia), reconociendo su derecho a percibir un importe por las obras ejecutadas. Frente a dicha Sentencia NORCA, S. A., solicitó que se casara aquélla y que se resolviera lo que corresponde en derecho en orden a lo solicitado en el suplico de la demanda (nulidad de todas las actuaciones administrativas producidas a partir de la resolución de la Presidencia de aquella Junta de Construcciones de 1 de Febrero de 1.989 acordando suspender las obras e instruir expediente de resolución del contrato de obras suscrito para la construcción de un Colegio Público de 8 unidades de E.G.B. en Ciudadela -- Menorca--, la nulidad de dicha resolución, la nulidad de la resolución de la misma Presidencia de 3 de Abril de 1.990, por la que se resuelve el contrato de obras de referencia, con aprobación de la recepción única y definitiva y liquidación final de las obras, con los saldos expresados en ella, la incautación de la fianza depositada y la instrucción de un expediente para fijación y valoración de los daños y perjuicios causados a la Administración por la resolución del contrato, reconocimiento del derecho de NORCA, S. A. a que se resuelva a su favor.

La Administración demandada, por su parte, como recurrente, solicitó que se casara la Sentencia recurrida, invocando infracción del Art. 47 del Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/65, de 8 de Abril, en relación con las cláusulas 76 y siguientes del Decreto 3854/70, de 31 de Diciembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, por entender que no procede el reconocimiento y pago de otras obras no recogidas en la recepción y liquidación⁴²⁶.

⁴²⁴ Sobre el tercer motivo de casación (Art. 95.1.4º) alega infracción, por no aplicación, del principio de derecho que veda el enriquecimiento injusto, o sin causa, en perjuicio de otro, analizando los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para su apreciación. Aclara el T.S., que la cuestión del enriquecimiento injusto como principio corrector del postulado de la inalterabilidad de los contratos administrativos ha sido examinada al ocuparnos del motivo anterior, en el que hemos concluido en la improcedencia de aplicarlo al supuesto litigioso, ante la falta de orden expresa o tácita de la Administración demandada que permitiese amparar la ejecución de unas obras, cuya realización tampoco aparece probada y respecto a las que Arpada S.A. ha prestado su conformidad a la certificación-liquidación final de las mismas.

⁴²⁵ Ver S.T.S., de 26 de Junio de 2001, Ar.8910, Nº de Recurso: 7326/1996, Ponente: D. FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ.

⁴²⁶ En lo que atañe al recurso de casación interpuesto por la entidad NORCA, S.A., el primer motivo del recurso, hace referencia a la infracción de los Arts. 52, 1 y 53 de la L.C.E. y de los Arts. 157, 1 y 160 del R.G.C.E., se apoya en los informes de la Dirección Facultativa de la obra sobre el desarrollo de las obras con lentitud, debido a problemas técnicos y de insularidad y sobre que se está tramitando la suspensión de pagos de dicha empresa, de cuyos informes deduce la recurrente --al margen de que niega la suspensión de pagos, que no es tenida en cuenta en la Sentencia, por cierto-- que ya la Dirección Facultativa conocía esos problemas técnicos y de insularidad, que luego describe la recurrente, verificando ésta también alegaciones sobre la importancia de las obras de cimentación, actividad laboriosa y esencial, para llegar a la conclusión de que los plazos parciales no podrán cumplirse por concurrir una realidad física distinta de la considerada por la Administración por razón de las dificultades que suponían dichas obras en vista de las circunstancias concurrentes, que también describe, tras indicar que aquellos informes "justificaban" el retraso, pese a lo cual la Sentencia estima ajustada a Derecho la resolución del contrato entendiendo que

El segundo motivo, sobre infracción de los Arts. 45 de la Ley y 140 del Reglamento, siempre de Contratos del Estado, se apoya en alegaciones similares a las recogidas en el anterior motivo haciendo también referencia a que la Dirección Técnica "promete hacer un modificado futuro", pero la misma parte recurrente reconoce que no hay prueba documental --en realidad no hay prueba alguna-- sobre tal promesa, que fue verbal, según dice, y que, se insiste, no se acredita, lo que excluye la procedencia de dejar de tomar en consideración esa falta de petición de prórroga, sin que a ello obsten las Sentencias de esta Sala que la recurrente cita, al ser patente que se refieren a supuestos en que la voluntad se deduce de hechos ciertos e incontrovertibles o se tiene por demostrada su existencia y manifestación, supuestos que aquí no concurren y que, si concurrieran, sí se llegaría a otra conclusión, sin que tampoco se aprecie quebrantamiento alguno del principio de buena fe, al no haber bases en que apoyar tal quebrantamiento, que no puede derivar de una simple esperanza de que se decretara la prórroga o de una más simple confianza en que "se reajustarían los plazos".

El motivo tercero, que insiste en el quebrantamiento del principio de buena fe, y bajo cuyo amparo se entienden infringidos los Arts. 52.2 de la L.C.E y 149, 150 y 157.2, de su Reglamento, se apoya en que la Sentencia impugnada entiende que tampoco puede hablarse de modificación del contrato por importe superior al 20 por ciento, puesto que "las dificultades surgidas en la realización de la obra no pueden reputarse como tal", frente a lo que afirma la parte recurrente que entiende que tal modificación fue sustancial y superior al 20%, mas tampoco cabe la estimación de tal motivo, al ser patente que se basa en hechos bien distintos a aquéllos que, como derivados de la prueba practicada en la instancia, recoge la Sentencia recurrida y que son de imposible alteración por vía del recurso de casación, como ya explicara con claridad esta Sala en Sentencias como la de 13 de Febrero de 2001, y en otras anteriores como las de 10 de Octubre y 17 de Noviembre de 2000, recaídas en recursos interpuestos por la misma entidad que es aquí recurrente, siendo de destacar, además, que ese exceso de 17.165.048 ptas., no responde a modificación del proyecto, según las razones que expone la Sentencia recurrida, que no aparecen desvirtuadas, procediendo insistir, otra vez, en la imposibilidad de entender quebrantado el principio de buena fe cuando carecen de suficiente cobertura esas pretendidas confianzas o esperanzas en la modificación del proyecto o en que se ampliaran los plazos y cuando reiteradamente se habían hecho referencias al retraso o a la demora en la ejecución de las obras, genuina motivación de la resolución.

la demora es imputable a la entidad constructora, mas debe desestimarse tal motivo, por cuanto que la Sentencia, sin desconocer tales informes, a los que expresamente alude y que acreditan la realidad de dichas dificultades técnicas, según la propia Sentencia, llega a la conclusión fáctica, de imposible alteración en el cauce de la casación, de que no existe prueba alguna que permita apreciar que ello fuera determinante del especial y relevante retraso en el ritmo de ejecución de las obras (en 8 de Febrero de 1.989, se hace constar que éstas se encuentran ejecutadas en un 1,90% sobre el Proyecto, cuando a mediados del mes de Enero de 1.989, debería haberse ejecutado el 60%, según la propia Sentencia), máxime cuando no consta que la constructora solicitara prórroga de los plazos o la resolución del contrato, en su caso, a tenor de los Arts. 45 de la Ley y 140 y 161 del Reglamento de referencia, de modo que, sobre la base de tales antecedentes de hecho, resultado de una prueba que no puede volver a valorar esta Sala, obvio resulta que no se han infringido los preceptos que se dicen infringidos en este primer motivo, sino que, por el contrario, y de acuerdo además con el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, la Sentencia atribuye a aquéllos las consecuencias que tales preceptos establecen sobre resolución del contrato e incautación de la fianza, lo que impone la desestimación del motivo.

En el cuarto motivo del recurso también se vuelve a insistir en el principio de la buena fe, esta vez con cita de los Arts. 4, 1 de la L.C.E., 6 de su Reglamento, y 7 del C. Civil, mas para rechazarlo basta con reiterar los argumentos ya expuestos en torno a entender que no se ha acreditado el quebrantamiento de tal principio por falta de bases bastantes en que apoyarlo, sin que alegaciones genéricas como las que efectúa la entidad recurrente puedan servir de apoyo a su conclusión, que aquí incluye la mala fe de la Administración, máxime cuando la Sentencia, sobre los hechos que entiende probados, atribuye a éstos las consecuencias legales inherentes a los mismos de conformidad con lo que acreditado queda.

En el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado se denuncia como infringido el Art. 47 de la L.C.E., en relación con las cláusulas 76 y siguientes del Decreto 3854/70, de 3 de Diciembre, siempre en su versión aplicable, alegando, en síntesis, que la obra realmente efectuada no puede ser otra que la que resulta de la liquidación única y definitiva aceptada por ambas partes en el momento de la recepción, por lo que, según indica, no procede el reconocimiento y pago de otras obras no recogidas en dichas recepción y liquidación, mas también tal motivo ha de ser desestimado porque se apartan las alegaciones del Abogado del Estado, como antes se apartaron las de la entidad constructora, de lo que es cauce ineludible del recurso de casación como extraordinario que es y en el que no cabe alterar los hechos que recoge la Sentencia de instancia ni la valoración de la prueba que efectúa, y es que, aquí, en definitiva, la Sentencia recurrida parte de unos hechos, que se constatan en su Fundamento de Derecho Séptimo, en los que, en esencia, se alude a que está acreditada una valoración de las unidades de más ejecutadas por encima de las proyectadas y cambios introducidos en los proyectos, sin que a ello obste que se suscribiese el Acta de Recepción Única y Definitiva, en relación con el mayor coste de la obra realizada por los cambios que hubieron de efectuarse en su forma de realización, y sin que tampoco pueda influir al respecto la firma por el representante de la entidad constructora de las Memorias tendentes a la emisión de la liquidación única y Definitiva, puesto que no consta que fueren suscritas por ésta, hechos intangibles, por razón de lo expuesto, de los que resulta el derecho a percibir la cantidad que la actora (en la instancia) reclama por tal concepto, aludiendo también la Sentencia a que la prueba no ha sido desvirtuada por la Administración, de lo que la Sentencia deduce la aplicación del Art. 47 de la L.C.E y del principio del enriquecimiento injusto, que, por tanto, no aparecen infringidos sobre la base de tales hechos, lo que impone la desestimación del motivo único de dicho recurso de casación

También en una Sentencia de 2008⁴²⁷, se dice que “nada de esto ocurre en el caso enjuiciado pues ninguna variación contractual sin formalizar ha impuesto la Administración al contratista que haya conllevado un incremento de sus costes”.

Tampoco se ha aceptado derecho a indemnización en varios asuntos relativos a la suspensión.

⁴²⁷ Ver S.T.S., de 29 de Abril de 2008, Ar.2492, N° de Recurso: 860/2006, Ponente: D. ANTONIO MARTÍ GARCÍA.

Podemos empezar haciendo referencia a un caso de 1978⁴²⁸, sobre construcción de un colegio. Levantada acta de comprobación del replanteo positiva el 15 de Noviembre de 1971, a poco de iniciar las obras, los directores arquitectos de la misma manifestaron el 18 de Marzo de 1972, la necesidad de modificar parcialmente el proyecto porque, dadas las características del terreno, era necesario realizar una cimentación especial por pilotajes y sustituir así la cimentación prevista en el proyecto (a base de zapatas de hormigón armado aisladas) para el edificio central, y una ampliación de la cimentación para la zona posterior del edificio y gimnasio; ante esta incidencia la empresa, por si misma unilateralmente suspendió temporalmente la ejecución de toda la obra objeto de contrata el 23 de Marzo de 1972, por no aceptar el reformado y no estar adjudicado dicho proyecto de cimentación especial, que hubo necesidad de sacar a concurso-subasta, siendo adjudicado el 29 de Diciembre de 1972 a la empresa <<Tapisa>> que fue la que ejecutó dicha cimentación especial por pilotajes –sistema rodio-.

La empresa adjudicataria del contrato inicial se opuso a continuar alegando la existencia en el lugar de la obra de un camión hormigonero y algún operario de Tapisa, y alegando que el estado de la obra de cimentación especial adolecía de alguna deficiencia contraviniendo así la orden de reanudación dada por la Administración, orden reiterada más tarde, informando la Dirección Facultativa que Construcciones Vallina, a partir del momento en que se puso de manifiesto la necesidad del proyecto reformado para la cimentación por pilotajes y no aceptar la Administración la oferta hecha para realizar ella la cimentación, trató de dificultar todos los trámites legales para seguir las obras. El T.S., advierte lo siguiente: “que la contratación administrativa, aunque tiene como nota y fondo común con la ordinaria civil o mercantil, la de ser ante todo un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del Pliego de Condiciones aceptado por éste, y las del contrato convenido y firmado por ambas partes, no obstante tiene característica especiales, siendo una de ellas respecto a las alteraciones del proyecto, modificaciones o reformado del mismo, en las que deben prevalecer las normas jurídicas especiales a las que se hace remisión en el contrato para lo que no aparezca consignado y previsto en dichos documentos, normas que persiguen el fin de satisfacer el interés general, sin que padezca el equilibrio financiero de las partes contratantes, a cuyo fin en materia de reformas introducidas en la obra proyectada debe distinguirse entre aquellas reformas que son accidentales de las que varían en lo fundamental las bases del proyecto, y, a su vez, si éstas fueran o no aceptadas por el contratista, en el caso sometido a examen, -la construcción de un instituto mixto con un plazo de ejecución de 15 meses-, en que la reforma se limitó a la cimentación del edificio central, el P.C.G.A., incorporadas al contrato aunque reconoce que si por una causa independiente a la voluntad del contratista tuviese éste que suspender las obras, se le otorgará una prórroga proporcionada para el cumplimiento de su contrata, derecho a prórroga que se mantiene en el Art.45.2 a. L.C.E. (S.T.S. ar.771 de 1965), pero que el recurrente no ejercitó, disponiendo a su vez el Art.49 de la propia Ley que si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla excediera de seis meses, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir, más para que se reconozca esta obligación

⁴²⁸ Ver S.T.S., de 13 de Noviembre de 1978, Ar.3620.

indemnizatoria, que es compensación a la facultad de modificación del contrato que la Administración tiene el llamado *ius variandi*, o poder de modificación unilateral del contrato, era preciso que la suspensión o paralización temporal de la obra, acordada por la Administración, fuese total, pues la contrata comprendía no sólo el edificio central, sino también las restantes obras proyectadas y adjudicadas, presupuesto que no se dio en el presente caso, como ya se deja señalado, la suspensión fue parcial limitada a la construcción del edificio central, pero, con instrucciones expresas, con entrega de planos parciales al contratista para que continuase ejecutando el resto de la obra a la que no afectaba el reformado o sea, la zona no sometida a la cimentación especial por pilotajes, es indiferente que esta alteración parcial que motivó el reformado haya sido motivada a error de la dirección técnica que confeccionó el proyecto primitivo, o a un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, porque a la Administración se le reconoce en la Ley y Reglamento de Contratos del Estado poder para adaptar las contratas a las nuevas necesidades, con el fin de que construya la obra que demanda el interés público, o sea, su correcta ejecución, que es el sentido finalista que justifica toda la especialidad de las normas reguladoras de esta singular materia de las contratas administrativas, en el que el interés general debe prevalecer en todo caso, la contrapartida del contratista al *ius variandi*, que la normativa vigente le reconoce, es la de compensarle los perjuicios que la modificación le haya causado, no la resolución del contrato, la Ley no le reconoce más que un derecho económico, a fin de mantener inalterable el equilibrio financiero del contrato, pero, para el reconocimiento de esta indemnización de perjuicios, es incuestionable que el contratista está obligado, a seguir las instrucciones que reciba de la dirección técnica o facultativa, ya que a la Administración corresponde la dirección y el control de la obra adjudicada, órdenes o instrucciones que son de obligado cumplimiento para el contratista, siempre que lo sean por escrito, por lo que si el contratista incumple sus obligaciones, como fue paralizar las obras parciales del gimnasio y de la parte posterior a la zona del edificio central, que le había ordenado continuar la unidad técnica, y, además se niega a la reanudación de las mismas cuando se le ordenó reemprenderlas el 10 de Marzo de 1973, desaparece ese derecho que en principio tenía a la indemnización.

En segundo lugar hay que remitirse a un asunto de 1983⁴²⁹ donde el Tribunal Supremo, al abordar la discusión sobre que se acuerde «el perfeccionado del Proyecto

⁴²⁹ Ver S.T.S. de 26 de Septiembre de 1983, Ar.4656, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren Negro. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por COCITSA, la Sala de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 19 mayo 1981, desestimatoria del recurso. El 29 Enero 1976, se adjudica a «Construcciones Civiles de Tenerife, S. A.» (C. O. C. I. T. S. A.) la ejecución de las obras de Campos de Juego del Hogar de la Sagrada Familia suscribiéndose el contrato el 17 Marzo siguiente. El 29 Enero 1977, el Arquitecto de la Corporación informa que las obras que se están realizando difieren notablemente de las contenidas en el Proyecto original como consecuencia de lo acordado por el Cabildo sobre ampliación del Gimnasio para conseguir una cancha de baloncesto cubierta, la necesidad de retirar el muro de cerramiento de la Autopista de Los Rodeos a causa de su ampliación y distintas instrucciones verbales referentes a cubrir y ampliar la piscina y conseguir una pequeña cancha de fútbol, lo cual motiva que se redacte un Proyecto Reformado, que al suponer, respecto del inicial un aumento superior al 20% del presupuesto contratado, determina que se proceda a nueva contratación que con carácter de urgente y en forma de concierto directo se adjudica a la misma empresa por acuerdo de 11 Agosto 1977, otorgándose escritura del contrato de ejecución de obras el 27 Octubre siguiente. El mes de Junio 1978, se presenta por el Arquitecto Director de la Obra, certificación que lleva el núm. 9 por un importe de 3.458.699,37 ptas., con el cual queda agotado el presupuesto por el que ha sido adjudicado el proyecto, lo que determina al Secretario de la Corporación a pedir información a dicho Arquitecto para que explique

de 1977», entiende que resulta clara su improcedencia, siendo de confirmar los razonamientos que se contienen al respecto en el 6.º considerando de la Sentencia apelada⁴³⁰, por cuanto, si bien es cierto que en el Proyecto reformado de referencia se

cómo no están aún terminadas las obras, a pesar de que se ha acabado el presupuesto, a lo que contesta el 14 Julio 1978, diciendo que es consecuencia de las diferencias habidas en mediciones de unidades ejecutadas en más respecto al proyecto, por las condiciones del terreno, exigencias de la escritura, acondicionamiento de accesos para coches (no previsto) y otras unidades realizadas como mejora y actualización de las complejas instalaciones deportivas, que garanticen su correcto funcionamiento, seguridad, nivel de iluminación, etc., cambio de la carpintería metálica acristalada por ventanales de hormigón translúcido con piezas de moldeado de vidrio debido a la proximidad del campo de fútbol, y otras obras realizadas consideradas como imprescindibles en el período de ejecución, por exigencias de Normas, cambio de sistema y previsiones futuras, aumentos que comportan la suma de 5.502.367,60 ptas. El 30 Noviembre 1978, se acuerda por el Cabildo Insular aprobar la certificación de obras núm. 9, proceder a la recepción definitiva de las obras incluidas en el Proyecto inicial, no recibir provisionalmente las obras incluidas en el Proyecto de Reforma mientras no se terminen los dos pabellones cubiertos de gimnasio y piscina y solicitar del Arquitecto Director de las obras, presupuesto de las necesarias para la total determinación de dichos pabellones, presupuesto que es presentado por el referido Arquitecto el 12 Diciembre 1978, señalándose en él un importe de 2.390.229,50 ptas., representando un incremento del 11,39% sobre el presupuesto original. El 7 Febrero 1979, recae acuerdo del Cabildo aprobando el referido proyecto modificado con un presupuesto de 2.438.033,50 ptas., ampliando el plazo de ejecución en 337 días e incrementando la fianza definitiva. El 7 Marzo se presenta a la Corporación Insular escrito del contratista solicitando que se ordene el perfeccionamiento del proyecto modificado que permita la viabilidad de terminación de las obras, así como que le sean abonados en concepto de daños, perjuicios y gastos ocasionados por la suspensión total temporal por tiempo superior a un quinto del plazo de ejecución la suma de 2.523.823,12 ptas. El 25 de mayo 1979, recae acuerdo que aquí se impugna y que recurrido en reposición no consta que haya sido resuelto. Que se pretende en este recurso la anulación del acuerdo del Cabildo Insular de Tenerife de 25 mayo 1979, en virtud del cual no se accedió a lo solicitado por la Sociedad Anónima «Construcciones Civiles de Tenerife» de que se perfeccione el Proyecto Modificado de la ejecución de las obras de Campos de Juego del Hogar de la Sagrada Familia, de las que dicha Entidad era contratista, ni a la petición de que se le abonen en concepto de daños, perjuicios y gastos la cantidad de 2.523.823,12 ptas. que dice le son debidas por la Corporación por consecuencia de la paralización de las obras desde el 1.º Julio 1978, hasta finales de Febrero 1979, paralización que imputa al propietario, por necesitarse para continuar su ejecución un reformado del proyecto y por haberse agotado los créditos asignados al mismo.

⁴³⁰ Quedando, pues, por decidir si el recurrente tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios que dice se le han ocasionado por consecuencia de la paralización de las obras por tiempo superior a seis meses, y si ha lugar al perfeccionado del proyecto. Que para saber si el contratista tiene derecho a la indemnización, hay que precisar si la paralización de las obras -causa determinante de los daños y perjuicios que se dicen ocasionados- fue consecuencia de actos imputables a la Administración demandada, y para ello es necesario referirse a los dos motivos que se invocan en la demanda como productores de la paralización de las obras: a) La falta de créditos para continuarlas desde el 1.º Julio 1978, y b) La necesidad de un reformado del proyecto para una adecuada ejecución de las mismas, lo que además constituye, como se dijo, uno de los extremos negados por la Administración. Que conforme se expresa por el Arquitecto Director de la obra la razón de esa falta de créditos fue debida a haberse agotado el presupuesto aprobado para el proyecto como consecuencia de la realización de determinadas obras no previstas en el mismo, relacionando a continuación en qué consistieron tales obras, que son agrupadas en tres categorías por el Arquitecto de la Corporación: a) Aumentos de obras comprendidas en los proyectos aprobados por defectos de mediciones; b) Sustitución de unidades previstas en los proyectos aprobados; y c) Obras nuevas no incluidas en los proyectos aprobados. Que según se desprende del Art. 155 del R.C.E. de 25 Noviembre 1975, aplicable subsidiariamente a los celebrados por las Corporaciones Locales, los contratistas no podrán ejecutar obras que modifiquen el proyecto sin autorización de la Administración Contratante, y habida cuenta de que las obras antes relacionadas fueron ejecutadas sin que mediara dicha autorización de la Corporación Insular, hay que precisar si las mismas suponen modificación del proyecto, y en efecto, salvo las del grupo 1.º que obedecieron a defectos de mediciones, las de los otros dos grupos representan una alteración de lo previsto, con lo que el contratista ha incidido en una extralimitación de facultades, ya que debió obtener para realizarla la previa autorización, siendo

pueden advertir determinados defectos u omisiones de carácter formal, no es menos cierto, y así se desprende de la documentación que obra en autos, que el citado Proyecto tenía por exclusivo objeto complementar el primitivo con la inclusión de determinadas obras no previstas inicialmente, las cuales se definen con la suficiente precisión y claridad, sin que sea dado, por consiguiente, apreciar en el mismo defectos tan sustanciales que obliguen a su anulación, o puedan servir de excusa al contratista para su incumplimiento y el segundo en que se reconozca el derecho a una indemnización por paralización de las obras durante más de seis meses.

Que la pretensión indemnizatoria deducida por la parte actora carece asimismo de fundamento legal, por cuanto resulta igualmente acreditado en autos que la paralización de las obras fue debida a la necesidad de redactar un Proyecto reformado, precisamente para legalizar las obras ejecutadas por el contratista sin atenerse a los estrictos términos del que había sido objeto de contrato, por lo que es obvio que la causa última y decisiva de la paralización ha de ser atribuida a la conducta del contratista y no a una decisión unilateral de la Administración, con lo que cae por su base toda la argumentación en que pretende ampararse esta pretensión indemnizatoria.

pues responsable de que al pagarse tales modificaciones se agotase el presupuesto, y consiguientemente se suspendiese la ejecución, quedando resto de obra por terminar, la que cumplidamente pudo haber sido cubierta con el remanente del presupuesto, con que se pagaron las modificaciones si se tiene en cuenta que las obras de los grupos 2 y 3, a que se ha hecho referencia, importaron, según informe del Arquitecto de la Corporación, 2.291.776,90 ptas. las primeras y 1.321.657,42 ptas. las segundas, es decir un total de 3.513.434,32 ptas., cantidad suficiente para respaldar la terminación que fue estimada en 2.390.229,50 ptas. Que respecto de la otra causa que se alega por el recurrente como productora de la paralización de las obras -necesidad de reformado del proyecto para una adecuada ejecución de las mismas- hay que señalar que las que faltaban y que se relacionan al folio 235 del expediente por el Arquitecto Director, están debidamente claras en el Proyecto de Reforma de 4 Marzo 1977, no necesitando de un nuevo reformado, pues no se aprecia la falta de datos, definición y claridad que se achacan en relación con la unidad de climatización y del depósito de gasoil, ya que es de señalar, como indica el informe de dicho Arquitecto, que están especificados todos los aparatos componentes de las mismas, así como válvulas, registros, tuberías, de forma similar a la que figuraba en el Proyecto Primitivo, incluyéndose la presentación por la casa instaladora del correspondiente «Proyecto Industrial». Que de lo expuesto se desprende que la causa de la paralización de las obras no es imputable a la Corporación Insular, sino que es debida al Contratista al ejecutar obras no autorizadas que agotaron el presupuesto del contrato, y en su virtud, no es posible hablar de indemnización de daños y perjuicios, cuando éstos, de existir, haya que estimarlos originados por el propio contratista, no procediendo tampoco el perfeccionamiento del proyecto, por lo dicho en el considerando anterior.

6.3.5. El pago de los intereses⁴³¹.

Otra cuestión que se ha planteado es si procede o no el abono de intereses sobre la cantidad ya abonada a un contratista en concepto de enriquecimiento injusto por un modificado tras reconocer que había percibido el importe que le era adeudado mediante transferencia bancaria⁴³².

La Sentencia de instancia desestimó la pretensión del contratista. Este último alega que la Sentencia⁴³³ ha incurrido en infracción por aplicación indebida de los Arts. 100.4

⁴³¹ En el ámbito de los modificados de obras aparecen reclamaciones en relación con el pago de los intereses de demora. Así puede verse: 1º) S.T.S. de 17 de Julio de 1987, Ar.7520, PONENTE: Excmo. Sr. D. José Ignacio Jiménez Hernández. En este asunto se reconoce el derecho a los intereses por aplazamiento en el pago de las obras complementarias que tienen directa conexión con las obras principales, no sólo en el aspecto de coordinación entre ellas y de secuencia cronológica, sino también en el aspecto jurídico, al señalar tales contratos que se regirán por las mismas condiciones económico-administrativa establecidas para el contrato principal; 2º) S.T.S. de 11 de mayo de 1989, Ar.4488, donde se dice que debe acogerse la pretensión del recurrente en lo que afecta al abono del precio de las citadas obras complementarias, así como de los intereses legales devengados por la demora en su abono, debiendo cifrarse el *dies a quo* para dicho devengo dada la falta de constancia de la fecha de libramiento de la necesaria certificación de obra o de su recepción por el Ayuntamiento, desde el 26 de Noviembre de 1983, en que se solicitó de aquél el pago del referido precio, y por ello, el cumplimiento de la obligación que le incumbía, conforme a los Art.1.101 y 1.108 del C. Civil"; 3º) S.T.S. de 27 de Abril de 2005, Ar.3940 N° de Recurso: 930/2003, Ponente: Dª CELSA PICÓ LORENZO (caso FERROVIAL II) En cuanto al abono de intereses de obras realizadas fuera del contrato con pleno conocimiento de la administración, el T.S. recuerda que se ha pronunciado acerca de que deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (Sentencias de 28 de Octubre de 1997, 11 de Mayo de 2004 y 2 de Julio de 2004). Recuerda la Sentencia de 2 de Julio de 2004, que en la Sentencia de 28 de Octubre de 1997, se sienta que la administración debió abonarlos desde la fecha de la recepción al haberlas recibido sin formular protesta ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra. Mientras en la de 11 de Mayo de 2004, se declaró que no procedía el pago desde la fecha en que se solicitaba, por ser la de la entrega de las obras y si aceptarse otra posterior adoptada por la administración con la aquiescencia de la contratista. Dado que aquí la reclamante los ciñe al momento de su petición a tal fecha hemos de estar. Es decir desde el 18 de Julio de 1997, pues aunque reclama desde el 26 de Junio, lo cierto es que en realidad la entrada tuvo lugar el 18 de Julio siguiente; 4º) S.T.S. de 23 de Septiembre de 2009, Ar.7326, N° de Recurso: 5730/2007, Ponente: D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ.

⁴³²Ver S.T.S. de 18 de Febrero de 2009, Ar.1095, N° de Recurso: 3525/2006, Ponente: D. SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCIA. Se interpone el recurso de casación por la Unión Temporal de Empresas constituida por Auxiliar de la Industria, S.A., (AUXINI), y Pavimentos de Asfaltos y Alquitrán, (PAVASAL), frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, de 31 de Marzo de 2006, que desestimó el mismo, deducido contra la denegación por silencio administrativo de la reclamación de intereses de demora sobre la cantidad abonada a la UTE citada, como consecuencia de las obras realizadas para la necesaria modificación de instalaciones y servicios de la Dirección General de Tráfico afectadas por las obras efectuadas en la "Autovía de Utiel-Valencia- CN-III, de Madrid a Valencia P.K. 310,0 al 324,4, Tramo Chiva-Cheste. Provincia de Valencia. Clave 11-V- 2270". La cantidad abonada por las obras mencionadas se elevó a la suma de 77.241.363 ptas., ó 464.229,94 € que se abonó a la reclamante en 9 de Septiembre de 1.999, y la suma reclamada por intereses ascendió a 41.884.908 ptas., ó 251.733,35 € al solicitarse los devengados desde la fecha de terminación de las obras en 16 de Noviembre de 1.992, hasta el pago de la deuda 13 de Septiembre de 1.999.

⁴³³ En la Sentencia se afirma lo siguiente: "La actora fundamenta su pretensión en que existe constancia en el expediente administrativo del certificado del Director de las obras de su ejecución (una copia figura en el folio 43 del expediente) y que a pesar de ello no se produjo el abono de dicha certificación hasta el 13 de Septiembre de 1999, infringiendo así el Art. 47 de la L.C.E. que obliga a satisfacer el importe de las certificaciones al contratista dentro de las tres (sic) siguientes a la fecha de las certificaciones. Esta

y 147 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de L.C.A.P. Se sostiene en síntesis que los preceptos no eran aplicables porque no había contrato, como reconoce el propio Tribunal a quo, y que tampoco son aplicables por analogía. Lo cierto es que se realizaron unas obras sin que hubiera contrato, con un doble incumplimiento por parte de la Administración pero también por parte del contratista, que no podía ignorar la necesidad de que se celebrara y suscribiera un contrato. De ahí deduce el defensor de la Administración que no eran aplicables los preceptos citados de la L.C.A.P., y sosteniendo la misma tesis procesal que mantuvo el Abogado del Estado en la instancia, afirma que se trataba de una compensación para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración, lo que no da lugar al devengo de intereses. Siempre según esta tesis procesal solicitar dichos intereses implica estar disconforme con el montante de la indemnización. En tal caso debía haberse impugnado la orden de pago, lo que en

alegación no puede tener acogida favorable puesto que la indicada certificación tan sólo reconoce "que se han llevado a cabo los trabajos correspondientes a la citada modificación habiendo realizado de plena conformidad y a conveniencia de las obras del proyecto". Pero acto seguido señala "que no existían precios ni unidades de obra que comprendan el traslado de estos servicios, siendo su coste de 77.241.363 ptas.," (464.229,94 €) finalizando la certificación indicada que ello se señala "a efectos de incoar el expediente de petición de fondos correspondiente a su trámite a la superioridad". De este modo es constatable que, aunque la obra fue efectivamente realizada, existían dificultades de encaje presupuestario, dado que la consignación y el crédito disponible estaba a disposición de la Dirección General de Tráfico; y no específicamente del Ministerio de Fomento; además tampoco se relacionan en el documento, al que se remiten las partes, las unidades de obra ejecutadas que deben coincidir con el presupuesto de ejecución de obra, que debía haber sido aprobado como obra adicional del que tampoco existe constancia, como se admite claramente en la certificación a que nos venimos refiriendo... En definitiva, no consta la existencia de una certificación de obra, fiscalizada y aprobada por la Administración, si bien está reconocida la ejecución de la obra; es más la certificación se expide para que se tramite el debido expediente, que no constituiría "a posteriori" más que una mera formalización de la obra efectuada sin los requisitos formales legalmente establecidos. Pues bien, en esta situación, viciada desde sus inicios, según lo razonado, tanto la Administración como la empresa contratista son conscientes de que existe un procedimiento específico para tramitar las modificaciones de obra que debe ser respetado. Las demoras por indebida tramitación no pueden perjudicar a la empresa que ejecutó la obra, de modo que sea privada del reconocimiento de lo ejecutado para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración, pero al mismo tiempo hay que afirmar que tampoco puede beneficiarse de los intereses que admite la legislación administrativa en materia de contratación cuando aquella no ha sido respetada". Y añadió que: Ya en este sentido "nuestra Sentencia de fecha 30 de Diciembre de 2005, con invocación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 2005, (recurso de casación 3444/2003), este Tribunal señalaba que: el derecho a percibir intereses (en el caso que examinaba) surge de un procedimiento selectivo de acuerdo con los principios de concurrencia, transparencia en las actuaciones administrativas. No consta en el expediente un contrato administrativo ni con el Ministerio de Interior ni con el Ministerio de Fomento. Tampoco figura en el expediente un Pliego de Condiciones que especificase los derechos y obligaciones de la parte contratante. Los documentos que figuran en el expediente formalizan en la medida de lo posible la certeza y ejecución de la obra, lo que permite su reconocimiento con posterioridad para evitar un enriquecimiento de la Administración a costa del patrimonio de la empresa ejecutora de la obra. Sin estas condiciones es obvio que no es procedente que la Administración efectuase un pago que, al menos, exige la disponibilidad presupuestaria suficiente. Pero en estos casos en que no consta además que existiera procedimiento para seleccionar al contratista, de acuerdo con los principios de congruencia, transparencia e implícitamente de igualdad para que todos puedan participar en el proyecto de selección de contratista (y la demandante tampoco lo acredita) lo único abonable se reduce a lo estrictamente comprobable y demostrable para evitar el enriquecimiento de la Administración, pues no hay que olvidar que los contratistas deben ajustarse a la normativa existente sobre procedimiento de selección, al igual que la Administración. Con relación a ello la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 24 de Octubre de 2005, (recurso de casación 3444/2003) es sumamente ilustrativa al respecto, pues nos sirve de punto de referencia en este tipo de actuaciones (fundamento tercero).

realidad no se hizo, y por el contrario se efectuó el cobro de la cantidad principal sin manifestar reserva ninguna⁴³⁴.

En relación con el tema de la aplicación indebida de los Arts. 100.4 y 147 L.C.A.P., afirma el T.S. que es de aplicación el Art.65 del texto vigente de la Ley citada aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de Junio (Art.66 de la redacción anterior de la Ley), como se mantiene en el voto particular que formuló el Presidente de la Sección a la Sentencia ahora impugnada. En definitiva se está ante un contrato nulo de pleno derecho, por haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido por la Ley. En consecuencia, según la normativa del último artículo citado, las partes deben resarcirse o restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido. Se añade además en el precepto que la parte culpable debe indemnizar a la contraria de daños y perjuicios. A la vista del mencionado artículo de la Ley, y toda vez que resulta evidente y palmario para esta Sala que se estaba ante un contrato nulo, en efecto debe considerarse que el pago realizado después de la convalidación del gasto por el Consejo de Ministros tenía el carácter de compensación o indemnización, dándose en el supuesto las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 65 de la L.C.A.P. Por tanto, puesto que hemos apreciado que asiste la razón al Abogado del Estado en cuanto mantiene en el motivo primero que se aplicaron indebidamente los Arts. 100.4 y 147 de la Ley de Contratos, procede acoger dicho motivo y por tanto estimar el presente recurso".

El T.S., no acepta los últimos argumentos del contratista⁴³⁵. Comienza el mismo afirmando que la Sentencia se equivoca al entender que se ha producido un modificado

⁴³⁴En el motivo segundo, se mantiene que se ha infringido por aplicación indebida el Art.1110 del C: Civil, según el cual el percibo del capital por el acreedor sin reserva respecto a los intereses extingue la obligación del deudor respecto a estos. El T.S., rechaza este motivo de casación, pues es cierto como alega la empresa de obras publicas recurrida, con cita expresa de las Sentencias de este Tribunal Supremo de 28 de Septiembre de 1993, y 10 de Noviembre de 1994, que según nuestra jurisprudencia el Art. 1110 del C. Civil no es aplicable a los contratos administrativos.

⁴³⁵Considera el motivo que la Sentencia infringe el Art. 47 de la L.C.E. y el 144 del R.G.C.E., así como el Art. 29.1 de la L.J.C.A., y la Jurisprudencia de esta Sala y cita algunas Sentencias a cuya invocación en este momento nos remitimos. El motivo lo desarrolla la recurrente del siguiente modo: "Yerra la Sentencia dictada, al entender que se ha producido un modificado del contrato primitivo, y ello no es así. No se ha modificado el contrato, lo cierto es, que durante el transcurso de las obras se vio la necesidad de realizar unos trabajos sobre unos servicios afectados, sin que por ello hubiera la necesidad de tramitar un modificado del contrato. Estos trabajos dieron origen a la factura, cuyos intereses de demora se reclaman en el presente recurso. En este sentido, llamamos la atención del Tribunal, y adjunto acompañamos como documento nº 1 al presente recurso, copia de la Sentencia de 10 de Marzo de 2005, dictada por la Audiencia Nacional, Sección 8ª, en un Recurso idéntico al que nos ocupa, en el que las partes son las mismas, dado que se trata de la misma obra, en un tramo diferente al que ahora nos ocupa, en la que, como no podía ser de otro modo, se estimó la reclamación de mi representada. Como documento nº 2, adjuntamos también copia de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección 8ª, de fecha 24 de Marzo de 2006, en un Recurso idéntico al presente, en el que igualmente se estimó la reclamación de la recurrente". Expuesto lo anterior añade que: "Como consecuencia de la relación contractual existente entre la Administración y mi representada, y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 47 de la L.C.E. y el Art. 144 del R.G.C.E., que en su primer párrafo establece: "Si la Administración no hiciese el pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguiente a la fecha de aquéllas, deberá abonar al mismo, a partir de aquella fecha, el interés legal de las cantidades debidas, siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación" (Art. 47 L.C.E). Se trata por ello, de un supuesto en el que, si bien el ordenamiento jurídico impone a la Administración que se retrase en el pago de las certificaciones

del contrato cuando lo ocurrido fue que se vio la necesidad de realizar unos trabajos sobre unos servicios afectados, sin que por ello hubiera la necesidad de tramitar un modificado del contrato. Basta examinar la Sentencia para rechazar ese presunto error que se le imputa. Dice la Sala literalmente "que se han llevado a cabo los trabajos correspondientes a la citada modificación habiendo realizado de plena conformidad y a conveniencia de las obras del proyecto" y esa afirmación no es de la Sala sino que la toma de la certificación que en su día emitió el director de las obras y que las califica de ese modo como consta en el expediente. Por lo tanto, sí se produjo esa modificación entendida del modo que consta en el expediente, es decir, realizándose las obras de la autovía de que se trataba, y ello porque se vio la necesidad de acometer unas obras necesarias para modificar "instalaciones y servicios propiedad de la Dirección General de Tráfico" afectadas por aquellas. Esas obras se efectuaron, y para su adjudicación y realización por la demandante no se produjo procedimiento alguno ni licitación para ello que desembocara en la firma de contrato entre las partes. Lo único que reconoció la Administración fue la realización efectiva de las obras y que las mismas se habían realizado de plena conformidad y de acuerdo con el proyecto, pero, del mismo modo se certificó que en el proyecto no existían precios ni unidades de obra y que las mismas se adjudicaron directamente a la recurrente. De ese modo para proceder al pago de las

de obra la obligación concreta de abonar intereses de demora al contratista, dicha Administración no atiende tal obligación. Así pues, conforme reza el literal de la L.C.A.P., es la propia Administración de oficio, quien "deberá abonar" (como señala la propia ley) los intereses de demora a cuyo pago tiene derecho el contratista. Por tanto, no solo por la vinculación contractual, sino por exigencia de la propia ley, la Administración está obligada a realizar una prestación concreta, que no es otra que el pago de los intereses de demora devengados y que de oficio, de conformidad con la L.C.A.P., debió abonar a mi representada. Sin embargo, dicha prestación no se produce, lo que obliga a mi representada a solicitar su abono de conformidad con lo dispuesto en el Art. 29.1 L.J.C.A. La conducta administrativa frente a dicha solicitud es la inactividad, razón por la que ahora se recaba la tutela judicial frente a la misma. En cuanto a los intereses por mora en el pago de los intereses, es de aplicación lo establecido en el Art. 1.109 del C. Civil según el cual "los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto". Procede condenar asimismo al Organismo demandado al pago de los intereses devengados desde la fecha de interposición de la presente demanda, dado que el *petitum* de ésta viene constituida por la exigencia del pago de una cantidad cierta, líquida y vencida. En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 2001, debe reconocerse el derecho al abono de los intereses de demora por el abono tardío de las certificaciones, así como al abono de los intereses de los intereses, en aplicación del Art. 1.109 del C. Civil. Así lo viene entendiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 5 y 19 de Diciembre de 1989 y 26 de Julio y 4 de Diciembre de 1990, así como en las de fechas 9 de mayo de 1990, 18 de mayo de 1990, 1 de Junio de 1990 y 8 de Febrero de 1993, cuya doctrina es también recogida por los Tribunales Superiores de Justicia como el de Andalucía en Sentencia de 21 de Junio de 1993. En este sentido hay que destacar lo que la doctrina jurisprudencial establece acerca de la aplicación a los contratos administrativos de lo dispuesto en el Art. 1.109 del C. Civil. El Tribunal Supremo en diversas Sentencias (2 de Julio de 1990, 2 de Octubre de 1990, 14 de Enero de 1991, 26 de Febrero de 1991, 5 de Marzo, 10 de Abril y 6 de Mayo de 1992), viene declarando el derecho a la percepción de intereses legales sobre la cantidad adeudada por intereses de demora vencidos. Dichos intereses deben reconocerse desde la fecha de interposición de demanda. La finalidad del citado Art. no es otra que la de resarcir de los daños y perjuicios causados al acreedor, al que no se le abonan unos intereses vencidos, constriñéndole a iniciar un procedimiento judicial que se podría haber evitado si aquellos intereses hubiesen sido abonados en su momento. En el presente caso no se discute sobre si se ha procedido al abono del precio del contrato, que sí se ha hecho pero con considerable retraso, sino que lo que se discute es la procedencia del abono de los intereses de demora por el pago tardío de la certificación mencionada. Al amparo de lo establecido en la L.C.A.P., no queda duda alguna de que, al haberse producido el pago de la certificación después del plazo legalmente establecido, la Administración deberá abonar intereses de demora por el abono tardío de dicha certificación".

obras fue necesario que la titular de aquellas, que era la Dirección General de Tráfico, librase el crédito para su pago al Ministerio de Fomento que había intervenido en su momento el abono de las obras de la Autovía y, a posteriori, las de la modificación realizada, sin que tampoco se efectuase un expediente propiamente dicho de intervención y sin que existiesen certificaciones de obras sino un único abono mediante transferencia bancaria del importe de las mismas. Así las cosas en modo alguno se está como dice el motivo, en las mismas circunstancias que en los supuestos que señala, y para lo que acompañó al escrito de interposición dos Sentencias de la Audiencia Nacional que, a su juicio, en dos supuestos idénticos al presente, uno de ellos sobre la misma obra, le dieron la razón y le reconocieron el derecho al abono de intereses que reclamaba. No es cierta tampoco esa afirmación que, por otra parte, y dada la irregular actuación que supone acompañar esos documentos con el escrito de interposición al que se unen, la Sala no tendría que rebatir. Pese a ello esas Sentencias contemplan situaciones distintas; la primera resuelve en un supuesto en que se produjo resolución expresa de la Administración que denegó el abono de intereses porque entendió que la reclamación estaba prescrita, cuestión diferente a la aquí debatida, y la segunda tampoco es coincidente con la cuestión que resolvemos aún cuando tiene mayor semejanza con ella, porque el reconocimiento del pago se efectuó mediante certificación de obra y los intereses se reclamaron de inmediato. Las obras de que se trata se realizaron vigente La L.C.E., Decreto 923 de 1965, de 8 de Abril, cuyo Art. 47 disponía que "el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute, con arreglo al precio convenido. Si la Administración no hiciese el pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aquéllas, deberá abonar al mismo, a partir de aquella fecha, el interés legal de las cantidades debidas, siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación". Este precepto no respalda la reclamación que se efectúa en este caso porque no hubo contrato, el artículo se refiere al contratista, condición que no posee la recurrente y la Administración no demoró el pago de certificaciones, en cuyo caso si se hubieran podido reclamar intereses, sino que lo que se produjo fue el abono de una cantidad adeudada que se saldó como pago único, y sobre la cual la única disputa posible era si la cantidad abonada era o no correcta de acuerdo con la obra efectuada. Cuestión esta última sobre la que nada se dijo y a la que se dio conformidad al aceptar el cobro. En consecuencia el recurso debe rechazarse.

6.3.6. El problema de la prescripción de la acción.

En alguna ocasión la Administración ha tratado de “escaparse” de su deber de abonar el modificado que ha encargado de facto apelando a la prescripción de la deuda o al hecho de que la solicitud se hubiese canalizado por la vía judicial equivocada. Esto ocurre en un asunto de finales de 1989⁴³⁶. Insiste la Administración en ambas instancias

⁴³⁶Ver S.T.S. de 4 de Diciembre de 1989, Ar.8997, Ponente: D. JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó Sentencia con fecha 21 de Septiembre de 1988, estimando el recurso contencioso-administrativo, anulando los acuerdos del Ayuntamiento de Béjar, de 8 de Julio de 1986 y de Agosto de 1986, reconociendo el derecho de un contratista al cobro de 4.037.283,76 ptas. Siendo indiscutible el hecho de que el recurrente ejecutó determinadas, obras en beneficio del Ayuntamiento recurrido, sin haberse seguido previamente los trámites a que el ordenamiento subordina la validez y efectos de la contratación administrativa, es aplicable la reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1987, y las demás que en ella se citen) que establece para tal supuesto la responsabilidad de

en que, aun en el supuesto de que se hubieran efectuado obras distintas de las correspondientes a las tres primeras fases, la correlativa deuda habría prescrito, tanto porque el importe de ella no se reclamó hasta el año 1981, como porque la reclamación no se hizo ante la jurisdicción competente, que era la contencioso-administrativa, pero consta, por el contrario, que esa reclamación se inició el año 1979 y que el 11 de Abril de este año la Comisión Municipal Permanente oficialmente tomó conocimiento de que por tal concepto se le exigía el pago de 4.248.691 ptas., reconociendo, al efecto, que se habían hecho obras de una cuarta fase, aunque no se había acordado formalmente, y que para evaluar el importe real de las mismas los técnicos encargados de su dirección aportarían "un informe detallado al efecto, con propuesta específica de lo que, a la vista de éste resulte, se tome acuerdo de reconocimiento de dicha deuda por la cuantía que de él se desprenda y se adopten las medidas legales pertinentes en orden a cancelar tal deuda», y consta también que, como consecuencia de este acuerdo, el contratista, acompañando el informe así exigido, volvió a reclamar el pago el 27 de Mayo de 1980 y que el 23 de Julio inmediato, extraña e inconsecuentemente con lo antes consignado, la propia Comisión Municipal decidió contestar, "en principio, a dicho contratista que no obra constancia alguna de antecedentes en el Ayuntamiento acerca de que tal obra en más hubiera sido autorizada por la actual Corporación o Corporaciones anteriores, lo que por el momento no permite acceder a su petición de reconocimiento de la deuda en cuestión, y, por fin, que, haciendo ver el notificado su natural extrañeza por tan contradictoria conducta, el 11 de Agosto del mismo año presentó nuevo escrito en el Ayuntamiento suplicando que, previos los trámites que estimara oportunos, se le facilite testimonio del acuerdo aprobatorio de la deuda por la cuantía señalada en la liquidación que obraba en poder de aquél. Fue ante el silencio de la Corporación por lo que el 17 de Febrero de 1981, el interesado formuló a aquélla reclamación previa para ejercitar su acción ante la vía civil, y, dados estos presupuestos fácticos, por lo pronto, queda desmentida la afirmación que, a efectos de la prescripción que se invoca, hace la apelante de que esa reclamación, a pesar de la fecha en que las obras terminaron, no se produjo hasta la última reclamación acabada de expresar, porque, además de lo consignado, faltó a la Administración municipal al tiempo de alegar citado hecho extintivo de sus obligaciones, probar cuál había sido, previamente, la data exacta en que las obras terminaron, si bien, en última instancia, será necesario examinar si, como también la misma alega, la prescripción no pudo interrumpirse porque, a partir de entonces, el contratista únicamente accionó en vía civil, sin instar nada más en la administrativa -que era la competente- hasta el 27 de Junio de 1986, en cuyo día suplicó de nuevo Ayuntamiento que le fuera abonado el importe líquido de las cuestionadas obras, lo que se le denegó por acuerdo de 8 de Julio del propio año, apoyándose "en los argumentos que sirvieron de base a la adopción de la postura en principio tomada por el Ayuntamiento al respecto», lo que se confirmó en reposición el siguiente 19 de Agosto con base en que el escrito del recurrente no aportaba fundamentos nuevos, a pesar, según la Administración apelante, de que, al notificar a aquél sus acuerdos, se le había indicado cuáles recursos podía utilizar contra ellos y ante qué Tribunales había de

la Administración basada en el enriquecimiento sin causa y el principio de la buena fe. En cuanto al alcance concreto de dicha responsabilidad, procede estar al valor de la obra al tiempo de su construcción, según el principio jurídico que imputa el posterior demérito o revaluación al propietario; en el presente caso el Ayuntamiento. Tal valor se determina a su vez por los criterios del Perito Arquitecto del pleito civil, esencialmente coincidentes con el informe de los Directores de Obra, que acompañó el hoy recurrente a su escrito de 27 de Mayo de 1980.

interponerlos. Del mismo modo que, como hemos visto, la Corporación municipal, a fin de justificar la prescripción alegada, afirmó algo tan incierto como que nada se había reclamado hasta el año 1981, con idéntico designio aduce algo tan totalmente desprovisto de realidad como que, en todo caso, se había remitido al interesado a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque está probado con las notificaciones efectuadas de cada una de las resoluciones que tan sólo se hacía referencia a que se podían interponer "los recursos oportunos», y ni que decir tiene que ningún error en que, al interponerlos, incidiera el administrador por consecuencia de tan irregular y defectuoso acto de comunicación puede ser invocado por el órgano notificador en beneficio propio, con mayor razón cuando, al tiempo en que el interesado formuló su reclamación en vía administrativa, pero con carácter previo para acudir a la civil, se le debió rechazar la petición porque no era ésta la adecuada para resolver la contienda, en vez de relegar alegación tan esencial como la de incompetencia de jurisdicción al momento en que contestaba la demanda que se le enfrentaba ante la ordinaria, y, así las cosas, el efecto impeditivo de la consumación del instituto de la prescripción de los cinco años, previstos para estos casos en los Arts. 796.2 a) de la L.R.L., y del Reglamento de Haciendas Locales, ha de ser declarado, a pesar de que, desde que se denegó la pretensión en sede administrativa el 23 de Febrero de 1981, hasta que, terminando definitivamente el proceso civil, se reclamó de nuevo al Ayuntamiento el pago de la cantidad el 27 de Junio de 1986, la paralización consiguiente a la elección de una vía inadecuada no obedecía a otra circunstancia que a la indicada informalidad con que se habían hecho las notificaciones de referencia, las que, conforme a una reiterada doctrina de este Tribunal, de la que son paradigma las Sentencias de 21 de Octubre de 1986, 28 de Abril, 30 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1987 y 8 de Junio de 1988, nunca pueden redundar en perjuicio del administrado, en contra de la cual lo que la Administración trata es de hacer impropio la legítima pretensión de quien, en consonancia con la realidad de los hechos - consistentes, en lo esencial, en la ejecución de unas obras que, desde un principio, fue reconocida por aquélla, así como el impago de su importe, a cuyo abono se comprometió cuando se le concretara pericialmente en cuantía, y de las que, desde luego, se benefició desde que las mismas fueron realizadas-, sólo reacciona alegando la observancia de determinados defectos, a los que, por cierto, había sido la alegante quien dio lugar a que se produjeran, prescindiendo así de que el acogimiento de la cuestionada alegación supondría un flagrante ataque a la prohibición de todo enriquecimiento injusto y al más elemental principio de equidad, con el correlativo triunfo de la ausencia de buena fe, que tanto es aplicable a la relación jurídico-administrativa como a la de carácter privado, y de la desvinculación de los actos propios, todo lo que siempre fue tenido en cuenta también por este Tribunal, a fin de extremar el celo en una materia tan delicada como la de la prescripción que se alega (Sentencias de 16 de Diciembre de 1971, 3 de Noviembre de 1980 y 3 de Junio de 1987), siendo consecuencia inexcusable de ello que aquel que la invoca, según se aprende de la últimamente citada, tiene "que concretar con toda claridad el día inicial para el cómputo y el día terminal del mismo», y, sobre todo -agregamos ahora- no sólo el transcurso del tiempo preciso para que se consume, sino la realidad de una constante y no interrumpida conducta a todo lo largo de éste reveladora de la evidente abdicación o renuncia a ejercitar el derecho por parte de quien sea su titular, siendo de tener en cuenta, en otro orden de cosas, la irrelevancia atribuible al hecho de que el acuerdo de realización de las cuestionadas obras complementarias no se hubiera formalizado documentalmente, si es que la omisión no había sido imputable al contratista por lo que

al presente caso interesa (Sentencias de 15 de Marzo de 1978, 21 de Septiembre de 1981, 13 de Julio de 1984, 18 de Junio de 1985, 19 de Mayo y 29 de Diciembre de 1986 y 20 de Octubre de 1987), ya que, como explica la de 23 de Enero de 1987, el Art. 48 del R.C.C.L., "dispone que será preceptiva la formalización de los escritos de los contratos que celebran, aunque la omisión de tal requisito no afectará a la validez de la obligación, respetando así el principio espiritualista acogido en los Arts. 1.254 y concordantes del C. Civil, según los cuales el contrato se genera por el mero consentimiento de la oferta y de la aceptación entre la cosa y la causa que lo constituyen», siendo, en definitiva, muy oportuno reiterar, con la también acabada de citar de 20 de Octubre de 1987, que "el principio de la buena fe viene a reforzar también el derecho a formular esta reclamación, pues no se puede concebir en un Estado de Derecho, inspirado en la Justicia, que unas obras, como las de Autos, efectuadas por la contratista en las circunstancias narradas, y por expresa indicación de su Dirección Facultativa pudieran quedar sin la correspondiente compensación».

A comienzo de los noventa es interesante el asunto relativo al Ayuntamiento de Torrijo de la Cañada⁴³⁷. El T.S. afirma que las alegaciones del apelante en esta instancia no desvirtúan los acertados fundamentos expuestos por el Tribunal de instancia en su Sentencia, toda vez que la prescripción del crédito aducido por la recurrente por transcurso del plazo de cinco años desde la realización de las obras, relativas al abastecimiento de agua al municipio de Torrijo de la Cañada, que afirma haber ejecutado por exigencias técnicas que dieron lugar a la modificación del proyecto, hasta la fecha de su reclamación el 19/3/1988, resulta incontestable; ni se contradice por el hecho de que las obras llevadas a cabo y no comprendidas en el contrato pudieran haber dado lugar a un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento demandado, ya que la obligación que dimanare, de probarse el aserto del recurrente, había prescrito de conformidad con lo dispuesto en el Art. 46 de la Ley General Presupuestaria de 4/1/1977, vigente en el tiempo en que finalizó el plazo dentro del que pudo reclamar el actor, reproducido en el texto refundido aprobado por Real Decreto-Ley 23/9/1988 (RCL 1988\1966 y 2287) posterior al término del plazo de prescripción, y de aplicación según lo dispuesto en el Art. 5.º C-A) de la Ley de Bases del Régimen Local de 2/4/1985 (RCL 1985\799, 1372), norma acorde con la derogada Ley de Régimen Local de 24/6/1955, Art. 796 vigente en el tiempo en que empezó a discurrir el término de la

⁴³⁷ Ver S.T.S., de 16 de Diciembre de 1991, Ar.9522, Recurso núm. 604/1990, Ponente: Excmo. Sr. D. Julián García Estartús. Por resoluciones presuntas del Ayuntamiento de Torrijo de la Cañada que, por aplicación de la ficción legal del silencio administrativo negativo, vinieron a desestimar, de una parte, la reclamación que el actor formuló el 22/3/1988, con denuncia de la mora el 28 Junio del mismo año, solicitando de dicha Corporación el pago de 1.908.356 ptas., en concepto de parte del precio de obras contratadas y ejecutadas para el abastecimiento de agua a dicho Municipio, cuantía que desglosaba en dos partidas, 867.566 ptas. correspondientes a la última certificación de obra y 1.040.790 ptas. de trabajos que aseguraba se realizaron como mejora, no incluidos en el Proyecto; de otra parte, el recurso de reposición que contra el anterior acto presunto interpuso el 16/11/1988. Al respecto, ha de señalarse que, tras la interposición del indicado recurso administrativo, redujo su petición a 1.897.311 ptas. desglosadas en 273.126 ptas. correspondientes a la diferencia entre lo percibido y el importe total del Proyecto de Obra, y, el resto, a mejoras, cuantía a la que igualmente concreta su reclamación en esta vía jurisdiccional. Lo que pretende el actor es el cobro de parte de una certificación de obra y del importe de unas supuestas mejoras no deducidas en un Proyecto, cuya ejecución quedó concluida en el año 1981. La Sala jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Zaragoza, por Sentencia de 23 de Diciembre de 1989, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resoluciones presuntas del Ayuntamiento.

prescripción en 1981, al extender la Administración la última liquidación de la obra ejecutada mediante el libramiento de la certificación correspondiente; no habiendo con posterioridad reclamado por la recurrente una liquidación definitiva y complementaria exigiendo el percibo del importe de las obras no relacionadas en las certificaciones expedidas por aquélla y que no constaren en ninguna relación valorada u otro documento dimanante de la ejecución del contrato; plazo de prescripción que empezó a computarse desde la ejecución de las obras, Art. 46-I-a): «El Derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública de toda obligación que no se hubiere solicitado con la presentación de los documentos justificativos», y no desde el reconocimiento o liquidación por la Administración de sus obligaciones ap. b) del mismo precepto, pues este reconocimiento o liquidación no se produjo, no constando en el expediente administrativo, ni ha sido objeto de prueba alguna, como tampoco puede alegarse la interrupción de la prescripción por no haberse acreditado ningún acto de requerimiento a la Administración para que abonara el importe de unas obras que estima el demandante haber ejecutado, hasta la meritada fecha de 19/3/1988.

El tema de la prescripción vuelve a presentarse más tarde con mayor intensidad en dos casos de mediados de los años 2000 que afectan a la empresa FERROVIAL.

En primer lugar hay que citar el caso FERROVIAL I⁴³⁸. El proceso de instancia fue iniciado por FERROVIAL, S.A. mediante recurso contencioso administrativo interpuesto contra la denegación por la JUNTA DE ANDALUCÍA, en virtud de silencio, de la reclamación que le había sido presentada para el abono del principal y los intereses de demora correspondientes a unas obras complementarias de las inicialmente pactadas en un contrato de obras. En la demanda formalizada en ese proceso, además de la revocación de esa actuación tácita desestimatoria, se reclamó el reconocimiento del derecho a estos tres conceptos: 24.025.757 ptas. Como importe principal de la obra; 11.959.562 ptas. como daños y perjuicios, consistentes en los intereses devengados hasta el 23 de Junio de 1997); y los intereses que se vayan produciendo hasta que se realice el pago del principal (a determinar en ejecución de Sentencia). La Sentencia que aquí se recurre desestimó el anterior recurso jurisdiccional y para justificar este pronunciamiento declaró que procedía acoger la prescripción de la deuda que había opuesto la Junta de Andalucía. Esa Sentencia, en su segundo fundamento de derecho - FJ-, comienza por consignar cual fue la obra de la que la demandante fue adjudataria; y por señalar que la obra fue recibida de conformidad provisionalmente el 4 de Diciembre de 1990 y definitivamente el 24 de Marzo de 1992. También dice que, durante el transcurso de la obra, se dio orden verbal al contratista para la realización de las obras complementarias litigiosas, se redactó el correspondiente proyecto, fijándose como presupuesto de ejecución el importe de 24.025.757 ptas., así como que la actora ejecutó las obras de acuerdo con el proyecto, que fueron tácitamente recibidas por la Administración y abiertas al uso público. Luego se añade lo siguiente: "No existió, a pesar del encargo efectuado por la Administración, aprobación económica y consignación presupuestaria, ni la realización de los demás trámites exigidos por la L.C.E.". En el FJJ cuarto se refiere a la prescripción opuesta por la Administración demandada y a la procedencia de estimarla. Argumenta que transcurrieron los cinco

⁴³⁸Ver S.T.S. de 8 de Julio de 2004, Ar.5231, Nº de Recurso: 185/2003, Ponente: D. NICOLÁS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN.

años que para reclamar se disponían en la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma. Y señala para ello que la reclamación de pago se efectuó el 18 de Julio de 1997, la relación valorada única de las obras fue emitida en Abril de 1991 y la obra principal fue recibida definitivamente el 24 de Marzo de 1992.

La argumentación principal de FERROVIAL es que la doctrina recogida por la Sentencia recurrida, sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo de los cinco años de prescripción, por una parte se apoya en la consideración de que las obras complementarias son independientes y no forman parte del contrato principal y, por otra, en considerar prescrita la reclamación cuando todavía no se ha producido la Liquidación Definitiva de las obras. Y se denuncia que esa doctrina está en clara contradicción con la Sentencia de 26 de Enero de 1998, de este Tribunal Supremo (Recurso nº 353/1991) y con estas otras dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: la de la Sala de Sevilla de 27 de Marzo de 2000 (Recurso nº 173/1998), de 17 de Septiembre de 2001 (Recursos nº 174 y 175 de 1998), y 25 de Abril de 2000 (Recurso nº 177/1998).

Recuerda el Supremo que la Sentencia de la Sala de 25 de Abril de 2000 (Recurso nº 177/1998), comparada con la aquí recurrida, permite efectivamente apreciar que entre aquella y esta se dan los elementos de identidad que, según lo establecido en el Art. 96.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, resultan necesarios para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. La citada Sentencia de 25 de Abril de 2000, analiza y decide también una reclamación referida a unas obras encargadas y aceptadas por la Administración, efectuadas como complementarias de las que se realizaron con el carácter de principales al abrigo de un inicial contrato administrativo, y estima la pretensión de esas obras complementarias no en base a la existencia de un contrato formalizado sobre ellas sino invocando la institución del enriquecimiento injusto. Aborda igualmente la prescripción opuesta por la Administración demandada, pero resuelve de manera distinta a como lo ha hecho la Sentencia aquí recurrida el problema concerniente a la fecha inicial de cómputo del plazo aplicable a dicha figura extintiva. En esa Sentencia de 25 de Abril de 2000, se sitúa el momento inicial del cómputo en la liquidación de la obra principal, ya que se dice: "La prescripción alegada por la Administración no puede ser estimada por cuanto que la reclamación se hizo en Julio de 1997 y la obra de la que forma parte la reclamada fue liquidada en Septiembre de 1992; es decir, no han transcurrido cinco años". En la Sentencia recurrida, como se reflejó en el primer fundamento, se prescinde para ese cómputo de la obra principal y no se valora a estos su liquidación (que no se menciona).

Entiende el T.S., que esa contradicción advertida sobre la misma cuestión debe ser resuelta dando primacía a la solución que siguieron esa Sentencia de contraste, por ser esta última sustancialmente coincidente con el criterio que sentó la Sección Quinta de esta Sala en la Sentencia de 26 de Enero de 1998. En esta última Sentencia se recuerda la jurisprudencia que niega que las certificaciones parciales tengan autonomía y sustantividad propia respecto del contrato principal y las configura como dependientes de este, y con este punto de partida se rechaza el criterio de prescripción que supedita esta al mero transcurso del tiempo entre la expedición de la certificación y su reclamación. Se añade que no puede alegar la prescripción quien con su conducta impide que la relación jurídica con los contratantes quede terminada, y que así actúa la

Administración que no procede, como es su deber, a la liquidación definitiva y a la cancelación de las fianzas prestadas, a que viene obligada en virtud de lo dispuesto en los Arts. 55 y 57 de la L.C.E. Se dice también que aplicar en esta situación (de falta de liquidación definitiva) la prescripción comporta un trato profundamente discriminatorio para ambas partes contratantes, pues mientras los derechos del contratista están prescribiendo los de la Administración, derivados del contrato, se encuentran intactos y son ejercitables en cualquier momento sin que la prescripción haya comenzado. Y se termina declarando que es erróneo computar los plazos prescriptivos atendiendo exclusivamente a los avatares de las certificaciones, con olvido del hecho de estar integradas en el contrato del que forman parte y donde las incidencias de este tienen influencia decisiva en aquéllas. La mencionada Sentencia de 26 de Enero de 1998, aborda una cuestión sustancialmente coincidente con la suscitada en el presente proceso y por ello su doctrina aquí también debe ser seguida. Esta doctrina consiste en definitiva en valorar, a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, un sólo contrato de obra, y en iniciar aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, desde su liquidación definitiva. Y debe declararse que, a tales efectos, la misma sustancia jurídica de obligación parcial corresponde a las certificaciones de obra que a la reclamación del importe de las que hayan sido encargadas al mismo contratista como complementarias de la obra inicialmente pactada como principal. Lo cual hace que la Sentencia recurrida deba ser casada y que esta Sala entre en el examen de la cuestión de fondo que fue suscitada en el proceso de instancia.

Este pleito tiene su continuación en un asunto de Abril de 2005⁴³⁹, (caso FERROVIAL II). La Sentencia de instancia en el fundamenta segundo acepta el alegato de prescripción aducido por la administración demandada al haber transcurrido más de cinco años desde la fecha de terminación de las obras (31 de Octubre de 1991) y la de presentación de la reclamación (18 de Julio de 1997). Entiende que el cómputo del plazo arranca desde la realización de las obras complementarias. Afirmación que sustenta en la Sentencia de este Tribunal de 16 de Diciembre de 1991 aplicando el Art. 46 de la Ley General Presupuestaria aprobada por R.D.L de 23 de Septiembre de 1988 , de idéntica dicción al Art. 28 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma Andaluza 5/1983, de 19 de Julio .

El Supremo destaca que la cuestión sometida a nuestra consideración acerca del cómputo de plazo de prescripción en situaciones como las planteadas en instancia, obras complementarias, ha sido objeto de reciente pronunciamiento en el marco de un recurso de casación para la unificación de doctrina en que se cuestionaba un pronunciamiento de la Sala de Sevilla. Había dictado ésta una Sentencia desestimatoria de la pretensión del accionante, justamente la misma empresa aquí recurrente, y se pretendía fueran

⁴³⁹Ver S.T.S., de 27 de Abril de 2005, Ar.3940 N° de Recurso: 930/2003, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO. La Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 930/03, interpuesto por FERROVIAL, S.A., contra la Sentencia, de fecha 3 de Junio de 2002, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., de Andalucía con sede en Sevilla, Sección 3ª, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 182/98, contra la desestimación presunta -por silencio administrativo- de la reclamación del principal e intereses de demora del contrato de obras complementarias denominadas "estructura de Peñuelas de la Autovía Sevilla-Granada-Baza CN-342 de Jerez", del contrato principal denominado "Autovía Sevilla- Granada-Baza en la N-342 de Jerez a Cartagena P.K. 501 al P.K. 491,5. Tramo: Salinas Riofrío". Ha sido parte recurrida la Junta de Andalucía.

modificadas sus declaraciones por las vertidas en la Sentencia de este Tribunal de 26 de Enero de 1998, así como en otras dictadas por la propia Sala de Sevilla donde se incluían, entre otras, las también aquí invocadas. La cuestión objeto de debate consiste en valorar, a los efectos del plazo de prescripción, un solo contrato de obra, y en iniciar aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, desde su liquidación definitiva. Sienta la Sentencia de 8 de Julio de 2004, dictada en el ya aludido recurso para la unificación de doctrina se cita la Sentencia de 26 de Enero de 1998 ya vista antes. Para el Supremo, lo acabado de exponer evidencia que la Sentencia de instancia conculca la doctrina jurisprudencial invocada lo que conduce a acoger el motivo.

Tampoco se reconoce la prescripción de la acción en un asunto de 2005⁴⁴⁰, donde el T.S. señala que se sostiene, por un lado, que el acuerdo de aprobación del Proyecto Modificado Provisional de 31 de Marzo de 1995, constituye un acto firme y consentido que no fue impugnado. Rebate, por tanto, el contenido del fundamento de derecho sexto que rechaza la inadmisibilidad opuesta en instancia por el hecho de la aceptación de certificaciones sin oposición asumidas que la Sentencia reputa que no cierra el amparo jurisdiccional mientras no hayan ganado firmeza los actos que ponen fin al contrato. Reiteramos también aquí lo vertido en nuestra Sentencia de 29 Septiembre de 2004⁴⁴¹.

Es cierto que el Art. 40 a) L.J.C.A., 1956, establece que "no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los actos confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma" de tenor similar al vigente Art. 28 L.J.C.A., 1998. También lo es que la jurisprudencia de nuestra Sala (Sentencias de 3 de Octubre de 1989, 23 de Julio de 1991 y 26 de Enero de 1998) interpreta la citada norma en el sentido más favorable posible a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, al exigir que entre el acto confirmatorio y el anterior consentido, exista la más completa identidad de sujetos, de pretensiones y de fundamentos. Doctrina absolutamente conteste con la emanada del Tribunal Constitucional acerca de que no caben criterios interpretativos que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 3/2004, de 14 de Enero). No cabe invocar su conculcación por la Sentencia clamando que no fue recurrido el Proyecto Modificado Provisional de 31 de Marzo de 1995. Omite que tal proyecto llevaba adicionado el calificado de "provisional" así como la existencia de la causa 779/1996 seguida ante el Tribunal Superior de Justicia de Burgos en el que fue impugnado el Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, relativo a la aprobación

⁴⁴⁰Ver S.T.S. de 9 de Marzo de 2005, Ar.9095, Nº de Recurso: 4267/2001, Ponente: D^a CELSA PICÓ LORENZO.

⁴⁴¹Ver S.T.S. de 29 de Septiembre de 2004, Ar.848 de 2005, Nº de Recurso: 8046/2000, Ponente: D^a CELSA PICÓ LORENZO. Contravención de actos firmes y consentidos. Un sexto motivo se formula al amparo del Art. 88.1.d) L.J.C.A., 1998 por infracción Art. 82 c) y 40. a) L.J.C.A., 1956 que no han sido aplicados. Defiende la inadmisibilidad de la modificación de los precios del proyecto original y del modificado provisional al contradecir actos firmes y consentidos ya que el Acuerdo de 31 de Marzo de 1995, no fue impugnado. Opone la recurrente que si pidió la nulidad de tal proyecto en la medida que recurrió el Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, (recurso 779-96) que lo aprobó. Adiciona que el proyecto modificado aprobado de forma provisional quedó subsumido en el proyecto modificado definitivo, con nuevos precios recogidos en una adenda, lo que impide sostener que el último sea reproducción del anterior.

de la Modificación Definitiva del Proyecto de obra. Por ello el rechazo de la Sentencia de instancia a la causa de inadmisibilidad esgrimida en modo alguno conculca los Arts. 40 a) y 82 c) de la L.J.C.A., 1956, al no poder calificarse la aprobación de la modificación provisional, ni de acto definitivo ni la ulterior aprobación definitiva de acto reproductor del anterior, al constatar la Sala de instancia múltiples adiciones. No cabe, por ello, acoger el motivo.

Con todo, si no se recurre en su debido momento contra el acto susceptible de recurso no se puede invocar posteriormente la existencia de un enriquecimiento injusto.

El contratista debe estar atento, tal y como queda demostrado en un asunto de finales de 2007⁴⁴². Se juzga aquí una Sentencia de instancia que reconoció el derecho al abono de un modificado que se reclamó en especiales circunstancias. La Administración denuncia la infracción por inaplicación del Art. 69.c) de la Ley en relación con los Arts. 25.2 y 28, todos ellos de la L.J.C.A. Aduce infracción del Art. 29 L.J.C.A., y del principio de seguridad jurídica que implica que el ejercicio de los derechos ha de verificarse dentro de los márgenes fijados por el ordenamiento. Rechaza que si la Sentencia recoge la falta de actuación de la empresa no impugnando la Resolución de 21 de Octubre de 1998, por la que se aprueba el Proyecto Modificado acuda luego al argumento de la confianza legítima en el abono del precio de la modificación antedicha. Objeta el motivo la parte recurrida pretendiendo su inadmisibilidad. Aduce que la administración pretende una revisión de la valoración de la prueba vedada en sede casacional conforme a reiterada jurisprudencia que menciona. Se apoya asimismo en la doctrina de los actos propios en cuanto al informe del Servicio de Carreteras de la Junta de Andalucía y del Jefe de Servicio de Construcción de 14 de Febrero de 1997, luego contravenido. Insiste en la aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima en razón al contenido de los citados informes. En segundo lugar se denuncia la infracción de los Arts. 60, 102 y 146 de la Ley 13/1995 L.C.A.P., e indebida aplicación de la doctrina del "enriquecimiento injusto" contenida en la Sentencia del T.S., de 11 de Julio de 2003, citada en el Fundamento de Derecho Cuarta de la recurrida. Entiende se produce el quebranto de los mencionados preceptos al desconocer que el Proyecto modificado no contemplaba el pago de un precio superior al del Proyecto inicial en concepto de material y trabajo empleado por el contratista para la formación del terraplén. En consecuencia el recurso era inadmisibile al referirse a auto consentido y firme. Sostiene que la Sala de instancia aplica indebidamente la doctrina plasmada en la S.T.S., de 11 de Julio de 2003, pues aplica la doctrina del enriquecimiento injusto para remediar la pasividad de quien teniendo la oportunidad de reaccionar por los medios previstos en derecho no lo hizo. Insiste en que la administración en la Resolución de 1998, denegó el aumento de precios pretendido sin que el contratista reaccionara frente a tal acto. Respecto al segundo argumenta la parte recurrida que debe aplicarse la doctrina del enriquecimiento injusto por cuanto las obras nuevas han contado con la

⁴⁴²Ver S.T.S. de 18 de Diciembre de 2007, Ar.506 de 2008, N° de Recurso: 11199/2004, Ponente: D^a CELSA PICÓ LORENZO. La Junta de Andalucía interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada el 8 de Septiembre de 2004, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J de Andalucía en el recurso contencioso administrativo en que Constructora Hispánica pretendía fuera declarada la obligatoriedad de la demandada Junta de Andalucía de acatar los efectos del silencio administrativo positivo producido ante su solicitud de 28 de Agosto de 2000. Resuelve la Sala estimar parcialmente el recurso condenando a la Junta de Andalucía al pago a la demandante de 203.134,98 €.

conformidad de la Dirección por lo que pretende la aplicación de la doctrina al respecto⁴⁴³.

El Supremo entiende que se hace preciso realizar unas consideraciones a fin de integrar, conforme al Art. 88.3 L.J.C.A., hechos admitidos como probados en las actuaciones que han sido omitidos parcialmente por la Sala de instancia. Todo ello con anterioridad a examinar la atribuida vulneración de la doctrina de este Tribunal sobre el "enriquecimiento injusto" a que hace mención la Sentencia en relación con los Arts. 60, 102 y 146 de la L.C.A.P. Esgrimen las partes al hilo de la Sentencia unos elementos fácticos que deben ser tomados en cuenta pero depurando su exacto contenido pues su mención explícita, en algún caso, e implícita, en otros, no es lo suficientemente clara. La Resolución de 21 de Octubre de 1998, aprueba el Proyecto modificado por importe de 164.368.931 ptas., tras haber manifestado la empresa contratista su acuerdo con las modificaciones en escrito de 26 de Junio de 1998. Previamente el Jefe del Servicio de Carreteras de la Junta de Andalucía en informe datado al 24 de Octubre de 1996, valora la solicitud de autorización para la redacción de un proyecto modificado considerando que la discrepancia del m3 de terraplén debería plantearse vía reclamación. Consta un incremento respecto al capítulo de movimiento de tierras y otro respecto a cubicación de demoliciones. También el Jefe del Servicio de Construcción de la Dirección General de Carreteras de la Junta de Andalucía en escrito de 14 de Febrero de 1997, considera que respecto a la discrepancia en el precio del terraplén entre el informe del Jefe del Servicio y la solicitud del director de las obras, se deberá informar al contratista por si considerarse oportuno formular la reclamación que estime pertinente. Mediante escrito datado a 28 de Agosto de 2000, la constructora reclama a la Junta de Andalucía la suma de 33.798.817 ptas., más intereses legales por cuantía de 6.184.489 ptas., por los perjuicios derivados de las unidades "formación de terraplén" y "formación de coronación de plataforma y fondo de desmonte con material seleccionado" reiterando lo vertido en su escrito de 26 de Marzo de 1997, en que peticionó daños y perjuicios.

⁴⁴³Y, en cuanto al fondo, añade la Junta que del Proyecto inicial o su modificación no resulta el derecho a percibir las cantidades reclamadas. Subraya que aunque la demandante "dio su conformidad a las modificaciones introducidas en el Proyecto inicial lo hizo en la confianza de que el precio le sería abonado vía reclamación. Se apoya en que en los folios 230 y sigs. del expediente administrativo, se recoge un "informe sobre la solicitud de autorización para la redacción del proyecto modificado nº 1 de la obra (...)". Donde se reconoce que el contratista en el acta de comprobación del replanteo de la obra, entre otras alegaciones, hizo constar, la inexistencia del precio de transporte de materiales para la formación de terraplén o pedraplén, dado que todos los productos de excavación deben llevarse a vertedero. Por ello en el informe se considera, respecto a tal circunstancia, que la discrepancia del m3 de terraplén debería plantearse vía reclamación, recogiendo a continuación los motivos que lo aconsejan. Este informe aparece firmado por el Ingeniero Jefe de Servicio de Carreteras, y recoge la conformidad con la propuesta del Delegado Provincial de la Junta de Andalucía. Además, el Jefe del Servicio de Construcción de la Junta de Andalucía, ante el resultado del acta de comprobación del replanteo que reflejó la inexistencia del coste el transporte en la formación del correspondiente a la unidad de terraplén o pedraplén, acordó la suspensión temporal parcial de la obra para la realización de un proyecto modificado. El Proyecto modificado no recogió la modificación cuyo pago se reclama, pero la obra que implicó mayor coste fue realizada por el contratista, incorporada a la obra principal, y recibida de conformidad por la administración el 12 de Julio de 2000". Tras ello sienta que la cuestión controvertida ha sido resuelta por el T.S. en su Sentencia de 11 de Julio de 2003, que transcribe parcialmente refiriéndose al abono del exceso de obra que entrañaba una modificación con relación a la inicialmente contratada. Finalmente desestima los motivos de oposición alegados. Considera que el acto impugnado no es el Proyecto modificado, sino la inactividad de la administración a satisfacer el exceso de obra realizado sobre el proyecto inicial y recibido de conformidad. Lo reputa acto presunto estimando la pretensión actora.

Continúa explicando el Supremo que es cierto como sostiene la parte recurrida que en sede casacional no cabe revisar la valoración de las pruebas efectuadas por la Sala de instancia mas lo pretendido por la administración recurrente no comporta el reexamen del material probatorio sino el enjuiciamiento de los preceptos invocados en relación con la doctrina antedicha que se reputa indebidamente aplicada. Si engarzamos la doctrina constante de este Tribunal sobre el enriquecimiento injusto con el hecho indiscutido de que el contrato fue modificado, conforme a lo establecido en los Arts. 102 y 146 de la L.C.A.P, sin que por el contratista se manifestase oposición alguna a la antedicha modificación que no contemplaba el abono del concepto para la formación de terraplén, debemos acoger la pretensión de la recurrente respecto a la indebida aplicación de la doctrina. Resulta indiscutible que el Proyecto modificado aprobado por Resolución de 21 de Octubre de 1998, lo fue tras haber manifestado su conformidad con las modificaciones la contratista mediante escrito de 26 de Junio de 1998. Si tal Resolución de 1998, no contemplaba el abono del concepto para la formación del terraplén y no fue objeto de impugnación no cabe en escrito de 28 de Agosto de 2000, reclamar su abono con base en un escrito de 26 de Marzo de 1997, es decir formulado con anterioridad a la aceptación del proyecto modificado. En consecuencia, no cabe entender que aquella pretensión de 28 de Agosto de 2000, pueda conducir a una estimación por silencio positivo como ha efectuado la Sala de instancia. Que ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de la Junta de Andalucía interpuesto contra la Sentencia dictada el 8 de Septiembre de 2004, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Andalucía en el recurso contencioso administrativo 1437/2000, que se deja sin valor ni efecto alguno. Por todo ello concluye que no ha lugar al recurso contencioso administrativo 1437/2000 formulado por Constructora Hispánica en pretensión de declaración de la obligatoriedad de la demandada Junta de Andalucía de acatar los efectos del silencio administrativo positivo producido ante su solicitud de 28 de Agosto de 2000.

Finalmente, citar un caso de 2011. Por la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana se desestimó en fecha 30 de Enero de 2004, la solicitud que formuló la entidad "DEOGRACIAS CANDEL, S. A. y MIDASCON, S. L. U.T.E.",⁴⁴⁴. Como desarrollo argumental de los referidos motivos, la defensa de la propia Administración recurrente pone de manifiesto, en síntesis, los siguientes criterios: La Sentencia cuestionada adolece de ausencia de motivación suficiente porque no explica las razones que llevan a la Sala de instancia a aceptar o rechazar las conclusiones de la prueba pericial practicada, sin hacer mención alguna al resultado de la prueba documental y a la de interrogatorio de testigos, sin exponer con claridad y detalle las razones que justifican el fallo y, en lo que respecta a la manifestada incongruencia omisiva de la Sentencia recurrida, sin dar respuesta de ninguna clase a la planteada -en la contestación a la demanda- sobre la prescripción del derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados del retraso en el inicio de la obra, al haber transcurrido el plazo de un año a que alude el Art. 142.5 de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99.

⁴⁴⁴ Ver S.T.S. de 15 de Diciembre de 2011, Nº de Recurso: 4643/2008, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS.

Explica el Supremo que en la segunda parte de este motivo la parte recurrente invoca la incongruencia omisiva de la Sentencia recurrida y para evitar una exposición exhaustiva de la misma baste reproducir la síntesis efectuada en la S.T.C. 40/2006, de 13 de Febrero, en la cual se reconoce que: En el caso examinado, el hecho de que la Sentencia impugnada no contenga referencia alguna a la pretendida, por la parte recurrente, prescripción del derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados del retraso en el inicio de la obra, al haber transcurrido el plazo de un año que contempla el Art. 142.5 de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, debe considerarse como una tácita desestimación, plenamente justificada si se tiene presente que el referido precepto no resulta aquí aplicable al aludir a un aspecto objetivo y materialmente diferenciado del que aquí se trata concerniente a la indemnización por incumplimiento contractual, que nada tiene que ver con el ejercicio de acciones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de carácter extracontractual que no constituye el objeto de la pretensión formulado en el proceso de instancia. Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del primero de los motivos.

También de 2011, es otro caso donde la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida puede concretarse en los siguientes puntos⁴⁴⁵: 1º) La parte recurrente firmó un

⁴⁴⁵ Ver S.T.S., de 6 de Octubre de 2011, Nº de Recurso: 796/2008, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS. Mediante Resolución de 27 de Septiembre de 2000, de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento se aprobó un proyecto de obras complementarias denominado "Proyecto Complementario nº 1. Desdoblamiento de la Carretera C- 822 de Santa Cruz de Tenerife a Guía de Isora por el Sur, P.K. 109,650 al 1 14,300. Prolongación de la Autopista TF-1. Tramo: Torviscas - Árneñime. Prov. De Santa Cruz de Tenerife. Clave: O1-TF-242.1". El presupuesto de contrata del referido proyecto de obras ascendió a 594.925.859 ptas. (3.575.576,42 €), que representa el 19,92% del presupuesto correspondiente al proyecto principal, tratándose de obras complementarias no incluidas en el mismo, que la Administración estimó conveniente ejecutar y que no excedían del 20% del precio del contrato, mostrando su conformidad a que el proyecto de obras complementarias adjudicado a la misma empresa adjudicataria de la obra principal ("U.T.E., DRADATORVISCAS"), por un importe líquido de 437.919.868 ptas. (2.631.951,41 €), resultante de aplicar al presupuesto de contrata el coeficiente de adjudicación de la obra principal, que es de 0,736091 50011, estableciéndose un plazo de ejecución de cinco meses. En Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento, de fecha 3 de Noviembre de 2000, se aprobó el P.C.A.P., para la celebración del contrato de obras a adjudicar por el procedimiento negociado sin publicidad, del Art. 141.d) del T.R.L.C.A.P., conteniendo el cuadro de características del contrato. Por Resolución de la Dirección General de Carreteras fechada el día 30 de Marzo de 2001, se adjudicaron las obras a la "U.T.E. DRADATORVICAS", firmándose el 10 de Mayo de 2001 el correspondiente contrato administrativo por un precio de 437.919.868 ptas. (2.631.951.414 €). El día 22 de Marzo de 2004, tuvo lugar la recepción de las obras con la expresa manifestación de que las mismas "han sido ejecutadas de acuerdo con el Proyecto aprobado, teniendo en cuenta todas las prescripciones en vigor" y en la aprobación de la certificación final el 24 de Mayo de 2005, se incluía la cifra adicional de 4.554,03 por revisión de precios. Consta acreditado en las actuaciones que formulada revisión de precios por la entidad actora fue emitido dictamen por el Consejo de Estado (nº 1329/2007 de 5 de Julio) que consideró que procede abonar a la U.T.E. formada por Dragados, Obras y Proyectos S.A. y Construcciones Darías, S.A. la cantidad de 393.027,31 €, en base a la siguiente argumentación: - Los precios de los contratos de obras complementarias son los que rigen para el "contrato inicial", entendiéndose por tal, no los referidos al momento de la adjudicación del contrato primitivo, sino a los precios revisados que rigen en el momento de la adjudicación de las obras complementarias. - El reconocimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización por actualización de precios no significa que el importe de la misma deba ser adicionado al presupuesto contractual a los efectos de determinar el procedimiento de adjudicación procedente. - Por el contrario, se considera improcedente el abono de cantidad alguna en concepto de intereses de demora hasta el momento en que se reconozca el derecho a una indemnización y se fije su cuantía exacta. El Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación, en Resolución de 18 de Octubre de 2007, estimó la

contrato para la ejecución de las obras de un Proyecto Complementario por un determinado precio, que obviamente aceptó con la firma del contrato sin realizar salvedad alguna, pretende y con posterioridad a la terminación y abono de las obras, que el precio fijado, conforme al que las obras le han sido valoradas, no fue correcto por cuanto que si bien fue un precio que se actualizó partiendo del precio del contrato principal revisado conforme a las cláusulas de revisión de precios del mismo, lo fue con unos índices que no eran los vigentes a la fecha de adjudicación del contrato, publicándose los correspondientes con posterioridad a dicha fecha y resultando ser superiores, por lo que reclama la diferencia resultante entre la aplicación de unos índices y otros. 2º) Conforme a lo dispuesto en los Arts. 54 y 55 de la Ley 13/1.995, de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas y los posteriores Arts. 53 y 54 del T.R.L.C.A.P., los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, debiendo ser formalizados en documento administrativo dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiendo, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento. Los Arts. 14 de ambos textos legales determinan que los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresara en moneda nacional. 3º) La parte recurrente conocía la forma en que se había fijado el precio del Proyecto Complementario, actualizando los precios del contrato principal con coeficientes de actualización obtenidos mediante la aplicación de los últimos índices publicados, según se detallaba con total claridad en el Anexo del Pliego y en el contrato manifestaba conocer y aceptar, por lo que suscribió el contrato sin realizar salvedad alguna y sin preverse en el mismo actualización alguna del precio cierto en él fijado. 4º) La forma en que se fijó el precio de las obras del Proyecto Complementario no contraviene lo dispuesto en el Art. 141 del T.R.L.C.A.P., al referirse a los supuestos en que puede utilizarse para la adjudicación de los contratos el procedimiento negociado sin publicidad previa, ya que prevé su utilización "cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente".

reclamación por revisión de precios en el contrato principal por importe de 393.027,31 € y ordenó librar la cantidad. El recurso fue resuelto por Sentencia de la Sección Tercera de dicha Sala el día 26 de Noviembre de 2007, que desestimó el recurso de la U.T.E. El objeto del recurso de casación consiste en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la Sentencia dictada con fecha 26 de Noviembre de 2007 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Madrid, que desestimó el recurso promovido por las entidades "Dragados Obras y Proyectos S.A. y "Construcciones Darlas S.A., en Unión Temporal de Empresas" -"U.T.E. DRADATORVISCAS"-, sobre la inactividad administrativa de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento respecto de la solicitud formulada el día 21 de Junio de 2005, por dicha U.T.E. pretendiendo el abono de la cantidad de (443.657,89 €) en concepto de actualización de precios correspondiente al Proyecto complementario nº 1 sobre desdoblamiento de la Carretera C-822 de Santa Cruz de Tenerife a Guía de Isora, cantidad que incluía los intereses legales valorados conforme al interés legal del dinero incrementado en 1'5 puntos, desde los cuatro meses de la recepción hasta la fecha de cobro, en cumplimiento del contrato celebrado con la referida Administración por el Sur, P.K. 109'650 al 1 14'300. Prolongación de la Autopista TF-1. Tramo: Torviscas - Árneñime. Prov. de Santa Cruz de Tenerife. Clave: O1-TF-242.1, que fue adjudicado en el mes de Septiembre del año 2003.

Aparte de la interpretación que del precepto pueda realizar la Intervención General de la Administración del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda o el Consejo de Estado en sus Informes o Dictámenes, que obviamente no son vinculantes para los Tribunales, la Ley lo único que exige es que el precio de las obras complementarias, cuando se confían al contratista de la obra principal, se realice de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo, sin más concreción. 5º) Así se ha hecho en el caso presente en que se ha partido de los precios del contrato primitivo actualizados conforme a las fórmulas polinómicas de revisión de precios del contrato principal aplicando los últimos índices conocidos, siendo evidente que la parte recurrente no solicita la declaración de nulidad ni de anulabilidad del contrato por haberse fijado su precio contraviniendo lo dispuesto en el Art. 141 del T.R.L.C.A.P., y en consecuencia, debemos partir de la existencia de un contrato valido en que se ha fijado un precio cierto que ha sido aceptado por el contratista sin reserva ni salvedad alguna en cuanto a su forma de fijación, sin prever futuras actualizaciones conforme a otros índices ni revisión de precios, ante lo que la recurrente no puede pretender cobrar cantidad superior alguna con fundamento en un contrato que además, según el Art. 98 del T.R.L.C.A.P., se ha de cumplir a riesgo y ventura del contratista. 6º) Finalmente, la Sala examina la posibilidad de percibir lo que reclama con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto, doctrina de creación jurisprudencial que supone una excepción al principio de inalterabilidad de los contratos que exige como requisitos para su procedencia los siguientes: a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos; b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su mas amplio sentido siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre; c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél, o, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento; y d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento. Tal posibilidad debe de ser rechazada, toda vez que el conocimiento del contratista desde el primer momento respecto de la forma en que se había fijado el precio del contrato y de que los índices aplicables a la fecha de adjudicación, que se conocerían con posterioridad, podían ser superiores y la firma del contrato en tales condiciones, aceptando el precio sin salvedad, implicaba la aceptación del riesgo de que se aplicara un precio inconveniente para ella, con lo que el eventual desequilibrio de las prestaciones y el enriquecimiento injusto de la Administración que se afirma, fueron aceptados expresamente por la empresa contratista.

La parte recurrente fundamenta el recurso en los siguientes motivos de casación: 1º) Vulneración de los Arts. 104 y siguientes del T.R.L.C.A.P., y de los Arts. 104 y siguientes del R.G.C.L.C.A.P. del año 2001; 2º) Infracción de los Arts. 14 y 141.d) de la citada Ley de Contratos; 3º) Conculcación del Art. 99.4 de la propia Ley de Contratación Administrativa; 4º) Contradicción manifiesta de la Sentencia aquí impugnada en casación con otras Sentencias dictadas por la misma Sala que la que ahora se recurre, en concreto, con la Sentencia de fecha 11 de Junio de 2007, y 5º) Inobservancia del principio de irrevocabilidad de los propios actos. En apoyo de su pretensión, la parte recurrente sostiene que la Sala de instancia no ha tenido en consideración las alegaciones aportadas en el procedimiento en primera instancia sobre

el Dictamen 11/01 de la J.C.C.A., que entiende que en el supuesto de obras complementarias, la expresión "precios que rigen para el contrato primitivo", a que se refiere el Art. 141.d) de la L.C.A.P., comprende no solo los de adjudicación, sino éstos incrementados con la revisión de precios, cuando dicho contrato tenga derecho a revisión de precios y añade que la discrepancia entre las partes radica en el coeficiente de actualización utilizado, toda vez que, mientras que la parte recurrente defiende que el coeficiente correcto, debe calcularse de acuerdo a los índices de precios de Marzo de 2004, la Administración sostiene que resultaba de aplicación la revisión de precios conforme el contrato principal y a la fecha en la que se adjudicaron las citadas obras. Esta parte concluye que si bien es cierto que en el momento de la adjudicación del complementario no se habían publicado todavía los índices de Marzo de 2001, una vez publicados, en Junio de 2001, se tenía que haber efectuado la actualización definitiva y haber abonado la diferencia que ahora se reclama, evitándose así lo que, a su juicio, constituye un inequívoco enriquecimiento injusto, sin que la entidad contratista tenga la culpa en la demora en la publicación de los índices correspondiente. Y termina poniendo de manifiesto que no tendría sentido que en un primer momento la Administración reconociera las pretensiones de la parte recurrente, abonando el correspondiente pago, y que después se oponga a las mismas en vía jurisdiccional, violentándose así, en su opinión, la doctrina de los actos propios.

Por su parte, la defensa y representación de la Administración recurrida formula las siguientes alegaciones: Los motivos de casación esgrimidos se refieren a la actualización de precios y a los intereses procedentes por no haberse realizado tal actualización, reproduciéndose el debate de instancia con los mismos argumentos sostenidos entonces, concurriendo además la circunstancia de que sobre ese mismo debate han recaído varias Sentencias igualmente desestimatorias, que no han sido contradichas. En defensa de su argumentación, el Abogado del Estado señala, en síntesis, que la cuestión litigiosa se refiere a un contrato, complementario de otro anterior, adjudicado al contratista por el procedimiento negociado sin publicidad y teniendo en cuenta que las obras no excedían del 20% de las inicialmente presupuestadas, significando que, según la Sentencia recurrida, consta acreditado que los precios aplicados a este contrato adicional eran los del proyecto vigente al que complementaba y que habían sido aceptados expresamente por el contratista, por lo que no existía derecho a actualización alguna, al haberse revisado los precios aplicando las fórmulas establecidas en el contrato principal del que derivaba el complementario. Ello determinó, como consecuencia, que no procedía abono de intereses de demora respecto de las actualizaciones reclamadas por no proceder estas, puesto que en el contrato se aplicaron las revisiones procedentes conforme a la fórmula de revisión a la que el contratista prestó su conformidad al suscribir el contrato de obra complementaria. Añade que la Sentencia parte de la existencia de un contrato válido en el que se ha fijado un precio cierto, que fue aceptado por el contratista, sin reservas, ni salvedades, ni previsión de futuras actualizaciones conforme a otros índices, ni revisión de precios; ante lo que la recurrente no puede, a juicio de la defensa del Estado, pretender cobrar cantidad superior alguna con fundamento en un contrato que debe cumplirse, en virtud del Art. 96 de la L.C.A.P., a riesgo y ventura del contratista; no siendo aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto, porque el contratista conocía, desde el primer momento, la forma en que se había fijado el precio y que los índices aplicables a la

fecha de adjudicación, que se conocerían con posterioridad, podían ser superiores o inferiores.

No obstante, en aras de la efectividad del contenido del Art. 24.1 de la C.E., y siguiendo el estudio de los motivos propuestos por la parte actora se invoca, en primer lugar, la vulneración del Art. 104 del T.R.L.C.A.P., sobre revisión de precios, al prescindirse del dictamen del Consejo de Estado 1329/2007, circunstancia no concurrente en la medida en que su valoración ha sido incluida al examinar la cuestión planteada en aplicación del Art. 88.3 de la L.J.C.A. (F.J. 2º, hechos 5º, 6º y 7º de esta resolución) y los precios de los contratos de obras complementarias son los que rigen el contrato inicial, máxime, cuando en la aprobación de la certificación final de 24 de Mayo de 2005, se incluía una cifra adicional de 4.554,03 € por revisión de precios, la parte recurrente aceptó en el momento de la firma el clausulado suscrito y fue aplicada la fórmula de tipo general o índice de revisión de precios, como reconoce la Sentencia recurrida (F.J. 3º.3 de esta resolución), por lo que procede desestimar el primero de los motivos.

Tampoco se vulnera la previsión del motivo segundo al invocarse genéricamente el Art. 14 del T.R.L.C.A.P., en conexión con el Art. 141.d), preceptos en los que se mantiene la adecuación del precio de la contratación al mercado, alusión genérica y no constatable, y la referencia a circunstancias imprevistas en el Art. 141.d) no están justificadas en el expediente complementario, que no superaba por lo demás el veinte por ciento del primitivo contrato (F.J. 2º, hecho 2º de esta resolución) lo que reitera la Sentencia recurrida (F.J. 3. 5º de esta resolución). Lo mismo sucede con la referencia, en el motivo tercero, a la vulneración del Art. 99.4 del T.R.L.C.A.P., sobre obligación por la Administración del abono del precio, sin que se haya suscitado reclamación alguna, en plazo legal, una vez expedidas cada una de las 23 certificaciones correspondientes, siendo improcedente el abono de intereses de demora ante la falta de reconocimiento y concreción de la cuantía de un hipotético derecho a la revisión de precios y la no concurrencia de un posible anatocismo, por aplicación supletoria del Art. 1.109 del C. Civil, con sujeción a la S.T.S. de 23 de Marzo de 1998. También en el motivo cuarto se hace referencia a una Sentencia de la propia Sala Sentenciadora de este caso, que contiene un criterio distinto, lo que es irrelevante al no tratarse de un recurso de casación para unificación de doctrina y no tener el carácter de jurisprudencia (Art. 1º.6 C. Civil.), a los efectos casacionales, dicha aislada resolución. Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación.

En todo caso, la entidad contratista era perfectamente consciente de lo que firmaba sin que pueda sustituir una actuación encaminada a cambiar un acto propio, que en este caso no resulta estimable, pese a su formulación en el motivo quinto del recurso, alegando razones de legalidad que debió oponer al suscribir el contrato y que ahora se suscita como cuestión nueva. En efecto, no es estimable el motivo en la medida en que la invocación de la doctrina de los actos propios y de la buena fe en el ejercicio de los derechos, preconizada en el Art. 7.1 del Título Preliminar del C. Civil no resulta quebrantada en la cuestión examinada, al decretar la imposibilidad de realizar actuaciones contra actos propios, invocada en el señalado motivo quinto, en cuanto significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de

la misma y la imposibilidad de adoptar medidas de comportamiento contradictorio que encuentren su fundamento último en la protección que requiere la confianza que se debe haber depositado en el cumplimiento del comportamiento ajeno y en la regla de buena fe que impone un deber de coherencia en dicho comportamiento, limitando el ejercicio de los derechos objetivos, puesto que la invocada doctrina del Tribunal Constitucional, con precedentes en las Sentencias constitucionales 73/88 y 67/84, no ha sido vulnerada en la cuestión examinada. Además no cabe reconocer que se haya producido la vulneración de la doctrina de los actos propios, lo que obligaría a la Administración a considerar que la Sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial referida a "los hechos que no se interpretan sino que se califican y comprueban", doctrina básicamente contenida en las Sentencias de este Tribunal de 18 de Noviembre de 1964, y 31 de Enero de 1989, por lo que no cabe entender vulnerada la doctrina de los actos propios contenida en numerosas Sentencias de este Tribunal (sirvan de ejemplo, entre otras, las Sentencias de 11 de Diciembre de 1969, 21 de Abril de 1970, 2 de Octubre de 1975, 19 de Diciembre de 1977, 5 de Junio, 26 de Diciembre de 1978, 10 de Marzo de 1983, 21 de Junio de 1985, 25 de Junio de 1987 y 3 de Diciembre de 1990) al ser predicable dicha doctrina respecto de los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico, doctrina que aplicada a la cuestión suscitada no permite llegar a la consideración de que se haya violado. Finalmente, los criterios precedentes han sido reiteradamente acogidos por la jurisprudencia de esta Sala: a) En la Sentencia de 16 de Abril de 2008 (cas. 6385/2005) al reconocer la sociedad recurrente el convenio suscrito entre las partes. b) Este criterio también se reitera en las Sentencias de 29 de Abril de 2008 (recurso de casación 4070/2006) y en la posterior de 3 de Febrero de 2010, (al resolver el recurso de casación nº 144/2007) al manifestarse la expresa conformidad de la recurrente, en los trámites del expediente de contratación como en el contrato del mismo, sobre el precio determinado a que quedaba sujeta la ejecución de las obras complementarias y a partir del Art. 141.d) del T.R.L.C.A.P., si los términos del contrato son claros, deviene ilícita toda extemporánea discrepancia que sobre el precio convenido exteriorice la adjudicataria en momento posterior a la liquidación de aquél.

Los razonamientos expuestos conducen a considerar que no pueden prosperar los motivos de casación invocados, toda vez que la concreta viabilidad procesal del recurso de casación, como consecuencia de su naturaleza de recurso extraordinario y a fin de preservar la función revisora de este Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de esta Sala de 15 de Julio de 2002, -recurso 5713/1998 -, 7 de Junio de 2005, -recurso 2775/2002 -, 22 de Septiembre de 2009, -recurso 889/2007 - y 31 de Mayo de 2011 – recurso 5622/2008 -), determina que deba circunscribirse al específico caso resuelto y a la precisa interpretación del Derecho aplicable que haya sido relevante para la adopción de la correspondiente decisión judicial y en el caso examinado, no estableciéndose como motivo de casación el de "error de hecho en la apreciación de la prueba", reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala ha tenido ocasión de declarar que, cuando de resolver un recurso de casación se trata, este Tribunal ha de basarse siempre en los hechos que el Tribunal de Instancia haya declarado probados, salvo que las conclusiones alcanzadas por aquel hayan sido combatidas correctamente por infringir normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorar las pruebas, o se hubiesen establecido tales conclusiones de manera ilógica, irracional, arbitraria y

carente de fundamento, lo que no cabe apreciar en el supuesto ahora enjuiciado y, en particular, en la no apreciación del enriquecimiento injusto.

7. El Art. 234 del T.R.L.C.S.P.

7.1. Introducción.

El Art. 243 está dedicado expresamente a la modificación del contrato de obras. En el primer párrafo de su apartado primero estipula que “serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el Art. 219 y en el título V del libro I. En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna”⁴⁴⁶.

El Art. 48 de la L.C.E., disponía que una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo podía modificar los elementos que lo integraban dentro de los límites que establecía dicha legislación.

En relación con el Art. 48 de la L.C.E., se puede citar un asunto de 2009⁴⁴⁷. El T.S.J., de la Comunidad Valenciana, con fecha 2 de Julio de 2007, dictó Sentencia, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DRAGADOS, S.A., contra la "inactividad" de la Generalitat Valenciana, no procediendo al pago de los intereses de demora devengados con motivo de retraso en el abono de las certificaciones números 22 y 1 del proyecto de obras complementarias, en exceso fuera de las contratadas, de "Aularios centrales en el nuevo campus universitario en Valencia". Se habían introducido unidades nuevas que modificaban el proyecto y solicitaba la iniciación de la tramitación administrativa que regularizara dicha situación, dictó la Administración " resolución " de fecha 25 de Agosto de 1995, en la que admitió la regularización de las nuevas unidades. Sin embargo, ello no es así, pues esa resolución a la que se refiere no es más que un informe (remitido también a la empresa adjudicataria, según se lee al folio 70 del expediente administrativo), y en él, lejos de admitir que la Administración hubiera de acometer ya la regularización, se indica, se recuerda, el modo en que habría de procederse para el caso, que aún no se tiene por cierto, de que fuese necesario redactar un proyecto reformado o uno complementario. También, en conexión con lo anterior, las insuficiencias formales de la documentación disponible, hasta el punto de que los proyectos reformado y complementario entregados en aquel mes de Diciembre -dice el informe- "continúan sin firmar, carecen de autorización para su redacción, no se acompañan documentos de la Universidad relativos a la conformidad en presupuestos previos y se dispone únicamente del escrito del Vicerrector en el que tan sólo se justifica (sin cuantificaciones económicas) la necesidad de introducir determinadas modificaciones". Asimismo, la disconformidad de la Administración en Julio de 1997, con 31 de los precios contradictorios presentados correspondientes al proyecto reformado, y en Agosto de 1997, con 8 de los del

⁴⁴⁶ El Art.234 está dedicado expresamente a la modificación del contrato de obras. En el primer párrafo de su apartado primero estipula que “en caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna”.

⁴⁴⁷ Ver S.T.S. de 23 de Septiembre de 2009, Ar.7326, N° de Recurso: 5730/2007, Ponente: D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ.

complementario. Se alega violación del Art.48 L.C.E., pero el T.S., señala que lo que el inciso final del párrafo segundo de ese Art. 48 disponía era que la modificación de los elementos del contrato de obra había de ser acordada en todo caso por el órgano de contratación, de suerte que no será esa norma en sí misma la que en el supuesto de autos podrá haber sido infringida por la Sentencia desestimatoria, sino que lo habría sido, más bien, la jurisprudencia que complementándola señala los derechos que asisten al contratista respecto de las obras ejecutadas en exceso sin cumplir o sin observarse los trámites procedimentales a seguir para la modificación del contrato.

7.2. Concepto de unidad de obra.

Unidad de obra es la parte de una obra civil que se mide y valora en forma independiente o agrupación de partes de la obra, que se valoran en función de una misma unidad de medida. Por ejemplo: Unidad de obra puede ser el m² de tabiques en una vivienda, donde se incluye en su precio como unidad de obra, el precio de los ladrillos, el mortero, la mano de obra, elementos auxiliares, etc.⁴⁴⁸.

Este concepto es fundamental porque es la clave para la aplicación de este precepto. El problema es su delimitación⁴⁴⁹. Puede haber conceptos que ya se encuentren

⁴⁴⁸ Que la Abogacía del Estado impugna la Sentencia apelada en cuanto declara la procedencia de que el organismo contratante proceda a la tramitación del oportuno expediente de precio contradictorio por la unidad nueva «unión de cabeza de pilares con vigas planas», alegando sustancialmente que no se trata de una obra nueva, sino de una aclaración del Proyecto, a la que procede aplicar la Cláusula 51 del P.C.G.A., pero, como razona la Sentencia apelada, aparece probado en el procedimiento mediante dictamen pericial, que la referida resolución ordenada por la Dirección facultativa, no es de una aclaración de los planos, sino una nueva definición de las uniones de la cabeza de las vigas; lo que supone por tanto una modificación del Proyecto contratado, que implica la necesidad de determinar cuál sea el aumento de coste derivado de la nueva solución ordenada, en relación con el de la que originariamente señalara el Proyecto, pues la nueva solución constructiva determina una novación parcial del contrato y, conforme a lo previsto en el Art. 1.204 del C. Civil., queda extinguida por incompatible la primitiva solución constructiva y sustantiva por la nueva, con las derivadas alteraciones que en el precio se produzca.

⁴⁴⁹ Ver por ejemplo S.T.S., de 5 Julio 1985, Ar.3605, Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino Gutiérrez de Juana sin que por el contrario haya podido comprobarse el error en la medición de los metros cúbicos de hormigón a que se refiere la partida 89, ya que al ser una partida de obra situada debajo del edificio y, por tanto, enterrada en su totalidad, no pudo ser comprobada por el perito informante. Las discusiones pueden ser de muy variado tipo porque puede ocurrir que si una unidad de obra no se hallaba terminada, en condiciones de servir al fin para el que estaba proyectada -preámbulo a la formación de zonas verdes-, encontrándose a intervalos cubiertas por escombros vertidos por el contratista, por lo que no resultaba procedente su admisión y pago al no ajustarse a lo previsto en el Art. 4 párrafo 7 del Pliego de Condiciones Facultativas que previene la admisión y abono de sólo los terrenos realmente preparados. Por ejemplo una superficie preparada, la preparación implicará "... rasanteo de la superficie hasta las cotas exigidas y compactación de la superficie... etc.", circunstancias que no cumplía la unidad reclamada; o m³ de sub base a 480 ptas./m², porque no se ha acreditado que fuera incierta la afirmación del Técnico Municipal acerca de que la sub base reclamada no se ajustaba, por sus dimensiones, a las medidas marcadas en el Proyecto, por lo que no resultaba adecuada su admisión y pago; Sobre los m² de acera de hormigón y de acera baldosa hidráulica es aceptable el criterio de la Dirección de Obras, ratificado por los peritos del juicio de que se excluya el pago de los huecos de cierta entidad en torno a los árboles de las aceras, conforme al Art. 4p. 13 del Pliego de Condiciones Facultativas, al no corresponder a metros cuadrados de baldosa realmente colocada. Sobre las excavaciones de zanja de alcantarillado a 200 ptas./m³, porque no se ha desvirtuado el informe de la Dirección de Obras (F. 567) respecto a que la excavación reclamada se debió a un exceso en las dimensiones de los taludes realizados unilateralmente por el contratista, por cuya razón la partida no era abonable conforme al Art. 4.º párrafo 4 del Pliego de

incluidos en otras partidas⁴⁵⁰. En las Sentencias en ocasiones se refleja la realidad de un concienzudo y pormenorizado análisis de todos los extremos relacionados con el concepto y la de una exhaustiva apreciación de las pruebas practicadas y los antecedentes precisos, lo que puede llevar a rechazar la pretensión de pago de algunas

Condiciones Facultativas que establece que "... no eran de abono los excesos de excavaciones producidas al incrementar el contratista las dimensiones a los taludes que figuran en los planos.

⁴⁵⁰ Los m³ de grava Miranda, o las 5.700 ptas. por 19 ml. de revestimiento de pared, pues no se ha desvirtuado el Informe del Técnico Municipal, relativo a que esos conceptos estaban incluidos entre los demás referentes a aceras; ni los 54,10 m² de tubería porque ese es otro de los puntos cuya omisión se reconoce por el Ayuntamiento y se admite en la reposición; pero, por el contrario, sí debe estimarse la reclamación por 106.397 ptas. por 200,75 m³ de todo uno a 530 ptas./ m³, incluido dentro de la partida parvulario, pues ninguna justificación da el técnico Municipal para negar su pago, y no es suficiente la explicación del Ayuntamiento demandado en conclusiones acerca de la omisión, dado que la partida 1,3, de 1.040,75 m³ de sub-base a 480 ptas./ m³, no parece incluir a la cuestionada, ya que la cantidad de 200,75 m³, a que ésta se contrae, no corresponde a la diferencia entre esa partida 1.3 y lo que se había reclamado en concepto de sub-base -839,49 m³-, ni son coincidentes los precios respectivos por unidad, y el Ayuntamiento en ningún momento niega la efectiva realización de la unidad de obra reclamada. Se explican rebajas en el precio pactado o exclusión del pago de alguna partida, motivadas por defectuosa calidad constructiva o inadecuación al Pliego de Condiciones, únicamente se dado que no discute la efectiva colocación del aglomerado, y no está demostrado que el contratista hubiera infringido las prescripciones que sobre la realización de esa unidad de obras se fijan en el Pliego de Condiciones Facultativas, cuyo Art. 4 párrafo II, se limita a establecer que la medición del aglomerado se hará por pesada directa antes de su empleo; y puesto que según el informe coincidente de los peritos judiciales, no se ha acreditado que hubiera habido exceso en la cantidad de aglomerado colocado, respecto del límite del 10% de tolerancia concedido por la Dirección de Obras, pues no puede considerarse -según dicen los peritos- correctamente realizada la compensación entre los puntos en que se colocó aglomerado con exceso respecto del nivel del Proyecto, y aquellos otros en los que el espesor quedó por debajo del previsto. Que tampoco son estimables las reclamaciones que se integran bajo los epígrafes "acopios", y "trabajos en administración", pues: a) No se ha desvirtuado la afirmación de la Dirección de Obra relativa a que si no se liquidaron los materiales copiados que detalla el recurrente en el expediente -900 ml. tubería plástico, 20 m² baldosa, válvula flotante, tapa registro Iberduero, tapas respecto alumbrado, marcos sumideros, sumideros y tubería 20 y 60-, ello se debió a que se trataba de materiales que, por corresponder a unidades de obra no completadas, y como tales no aceptadas por el contratante, resultaban inútiles al Ayuntamiento, quien optó por abandonarlas a disposición del contratista, criterio lógico, aceptado por los peritos judiciales; El Ayuntamiento contratante, no aceptó los fijados unilateralmente por el contratista, sino que acudió a otros determinados en relación a los del Cuadro de Precios del Proyecto para unidades de obra de características similares. Por lo que se estima que debe prevalecer el criterio municipal pues el contratista no ha probado que las características de esas unidades de obra que han servido de pauta a la Administración para la elección de precios, difieren sustancialmente de las actuaciones valoradas. También debe ser rechazada la reclamación relativa a demolición de aceras por canalizaciones no previstas, pues nada se ha probado en contra de la certeza del informe de La Dirección de Obras relativo a que era obra previsible por corresponder a nuevos edificios existentes en el momento de la licitación, y porque el precio de realización de las unidades de obra correspondientes debía entenderse incluido en el de las de excavación, conforme al Art. 4.2 del Pliego de Condiciones Facultativas, opinión que corrobora el dictamen del Perito judicial Señor E., en la página 14 del informe; 4) En cuanto a lo que se reclama por incremento de colectores a consecuencia del flujo de las mareas, esta partida debe ser rechazada al no haber sido desvirtuada lo que sobre el particular se informa por la Dirección de Obras -F. 89 y 90- respecto de que la influencia de las mareas era una circunstancia que debió preverse al contratar, porque estaba expresamente citada en la Memoria, Proyecto y cálculos anejos, opinión que asimismo se refuerza por los dictámenes de los peritos del juicio; 5) Que, en último término, lo mismo ha de decirse respecto de las 838.800 ptas., que se reclaman por incremento de obra en relación con acometidas de ramalillos y sumideros, que no es admisible al no haber sido desvirtuado el contenido del informe de la Dirección de Obras, coincidente con el de los peritos judiciales (Colegio de Ingenieros y Perito individual), acerca de que esa cantidad estaba incluida en el precio de las tuberías, según el Art. 4.º. 17 del Pliego de Condiciones Facultativas.

de las partidas, declarando, por el contrario siquiera excepcionalmente, el abono de una de ellas. Se exige que los Técnicos Municipales o la Administración justifiquen la inclusión de la actuación en otro de los conceptos reclamados⁴⁵¹.

7.3. Precedentes.

En la L.C.E., a efectos del contrato de obras, se disponía en su Art.50 que para realizar cualquier modificación en el contrato de obras, ésta debía ser acordada por la autoridad que reglamentariamente se determinase en atención a la naturaleza e importancia de dicha modificación. Si durante la ejecución del contrato la Administración resolviese introducir en el proyecto modificaciones que produjesen aumento o reducción y aun supresión de las unidades de obra marcadas en el mismo, o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta fuese de las comprendidas en la contrata, serían obligatorias para el contratista estas disposiciones, sin que tuviese derecho alguno en caso de supresión o reducción de obras a reclamar ninguna indemnización, salvo que se incurriese en alguno de los casos previstos de resolución del contrato.

En la jurisprudencia se tuvo que dilucidar si nos encontrábamos o no ante una nueva unidad de obra a efectos de saber si el contratista tenía derecho a indemnización.

Hay una serie de casos en donde el T.S., llegó a la conclusión que no nos encontrábamos con una nueva unidad de obra.

Así, en la década de los ochenta podemos citar un asunto de 1983⁴⁵², y otro de 1985⁴⁵³. Dos años más tarde hay que citar una Sentencia de 1987⁴⁵⁴. Alega el contratista

⁴⁵¹ Por ejemplo, se puede decir que para que fuese de abono la cantidad reclamada por el concepto denominado «acopios» era necesario que éstos se correspondieran con unidades de obras completadas y aceptadas por la Administración y que, por inútiles para ésta, la misma decidió abandonar al contratista, lo que, a juicio de los Peritos deponentes, constituía una solución lógica, sin que sea argumento útil frente a la conclusión de la Sentencia el utilizado en esta segunda instancia, porque no se ha probado que esos materiales fuesen puestos a pie de obra por indicación o con el consentimiento de la Administración, ni que los mismos estuvieran previstos en la contrata, requisitos indispensables a fin de evitar que hubieran de abonarse acopios efectuados por la exclusiva voluntad del contratista, quien tampoco justifica la esencialidad y necesidad de ellos para que el conjunto de la obra se realizase con la perfectibilidad necesaria en relación con el reclamado abono de las obras que se dicen realizadas por el sistema de administración, que para que pudieran prosperar las alegaciones de la apelante falta algo tan esencial como la cumplida prueba de que las practicadas lo hubieran sido, precisamente, adoptando aquél, no cuando, como la Sentencia impugnada entiende, lo que más bien se acordó fue la realización por la contratista de unidades de obra no previstas en el Proyecto, siendo congruente que, al no aceptar el Ayuntamiento los precios unilateralmente liquidados por aquélla, se adoptase como módulo valorativo el previsto para obras de características semejantes, sin que la Sociedad reclamante haya justificado que unidades tomadas por la Administración como término comparativo difieran de las que por ésta fueron valoradas.

⁴⁵² Ver S.T.S. de 13 Septiembre 1983, Ar.4608, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Pérez Tejedor. Es recurso de apelación interpuesto por la entidad : H. y C., S. A., contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 Octubre 1981, sobre obras de construcción de un edificio para la Delegación de Hacienda en Santa Cruz de Tenerife. La Sociedad apelante mantiene su pretensión de que se fijen nuevos precios contradictorios para la ejecución de las unidades de obra, que estima no comprendidas en el Proyecto y referidas a «excavación en roca basáltica» y «hormigón encofrado en madera» y, en cuanto a la primera de las referidas pretensiones,

alega que está probada la existencia de una capa de roca basáltica en la excavación de las obras contratadas, que fue realizada sin que existiera para dicha unidad de obra un precio especial convenido, por lo que se hace necesaria la fijación del correspondiente precio contradictorio, si bien reconoce expresamente que la presencia de la roca basáltica en el subsuelo de Santa Cruz de Tenerife no supone ninguna anormalidad, sino todo lo contrario; reconocimiento este que determina la aplicación de lo establecido por el Art. 1.258 del C. Civil, conforme a que la empresa contratante, desde que prestó su consentimiento a la realización de las obras, quedó obligada no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también en todas las consecuencias que, según su naturaleza, eran conformes a la buena fe, al uso y a la Ley; por lo que es consecuencia obligada estimar que, entre las obligaciones contractuales está comprendida la excavación sobre un subsuelo que, según la apelante, no presenta anormalidad alguna reconocida; tanto más si, conforme al Art. 13.2) del Pliego de Condiciones convenido, se contempla contratada y prevista, como comprendida en el precio pactado, cualquier clase de anormalidad del terreno o del subsuelo, pues si están previstas y pactadas las anormalidades, también ha de estimarse comprendido en el contrato cuanto por ser usual y acostumbramiento en la localidad, donde habían de realizarse las obras, ha de interpretarse comprendido en el mismo, según dispone el Art. 1.287 del C. Civil citado; por todo lo que la pretensión referida carece de fundamento jurídico, para que pueda ser estimada. Que la pretensión de la apelante, referida a la fijación de precio contradictorio para la unidad de «hormigón armado encofrado en madera», se fundamenta en la ejecución de determinadas unidades de obras de hormigón visto en pantalla con determinados niveles de calidad y con unos medios que no se han previsto en el Presupuesto del Proyecto, cual es el encofrado en madera; respecto a cuya pretensión es de estimar que si se halla fijado en el Proyecto el nivel de calidad y tal Proyecto fue conocido por la empresa contratante al formalizarse en contrato, por constituir uno de los documentos integrados en el contrato de ejecución de obras, la aceptación de esa ejecución entraña la de emplear los medios idóneos necesarios para conseguir dicho nivel de calidad, sin que por otra parte se advierte en forma alguna que el hormigón armado encofrado en madera constituya un medio extraordinario de construcción que exija previsiones especiales de contratación; advirtiéndose al empleo de tablas, al cepillado de su superficie y al uso de cuatro veces como máximo de un encofrado, todo ello referido manifiestamente al encofrado en madera; por lo que, con aplicación de los mismos preceptos legales citados en el Considerando anterior, se llega a la conclusión de que tampoco esta pretensión de la Sociedad apelante pueda prosperar. Que respecto a la indemnización de los daños y perjuicios reclamados por la Sociedad apelante, derivados de la suspensión de las obras contratadas, es de tener en cuenta que tal suspensión de las obras se realizó por iniciativa unilateral de la Sociedad adjudicataria de las mismas, anunciada mediante escrito dirigido al Arquitecto director en el que se hace referencia a inconvenientes advertidos en el Proyecto, tanto técnicos como económicos que hacen inviable su continuidad y a desproporcionados desajustes en su producción, con sus lógicas repercusiones en el plazo y costo de las obras; pero no se concreta en la prueba aportada cuáles sean los imprecisamente invocados inconvenientes y desajustes, en cuanto su relación se remite a anexos no aportados al procedimiento y, por otra parte, aparece en constancia del expediente administrativo no contradicha por prueba alguna, de que la Sociedad adjudicataria manifestó en concreto escrito que la obra había sido objeto de un detenido estudio por parte de sus servicios técnicos, económicos y de producción de la empresa y, en el Acta de replanteo, se concretó que quedaron determinados todos los datos necesarios para la ejecución de la obra y comprobada la viabilidad del Proyecto a juicio de la Dirección técnica, sin reservar alguna por la Sociedad constructora; con lo que las posteriores manifestaciones de ésta sobre indefiniciones e impedimentos para la continuidad de las obras, sin justificación concreta, aparecen como manifestaciones unilaterales, inadecuadas para suspender la continuidad de la edificación, y mucho menos para fundamentar la pretensión de que esa suspensión unilateral e injustificada pueda dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios que, de existir, derivarían de sus propios actos; sin que puedan por tanto imputarse a la otra parte contratante sus consecuencias.

⁴⁵³ Ver S.T.S., de 22 Abril 1985, Ar.2870, Ponente: Excmo. Sr. D. José María Reyes Monterreal. El Ayuntamiento de San Sebastián por acuerdo de 12 de Enero 1979, liquidó el contrato de obras de urbanización de un sector del Polígono 13, de Amara de San Sebastián, del Plan General de dicha localidad; que «C. I., S. A.». Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «C. I., S. A.», la Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona, en Sentencia de 24 de Mayo de 1982, lo estima en parte, anulando los acuerdos impugnados por contrarios a Derecho, sólo y en el exclusivo aspecto de que no reconocieron al recurrente el derecho a percibir las cantidades de 106.397 ptas. por 200,75 m³ y 67,81 Tm. aglomerado IV-a. Y. disponiendo la rectificación de aquella liquidación respecto de ciertos errores de cálculo y

que la modificación del proyecto en la parte referente a los caminos de desvío desde los ochocientos metros contratados hasta los 22.350 mts., que fueron ejecutados por orden de la Dirección Facultativa, suponen una modificación no cuantitativa, sino cualitativa, de las obras contratadas, que implica para el contratista un precio real muy superior al de 120 ptas./m² metro liquidado, y que por aplicación del Art. 150 del Reglamento de Contratación, deben ser objeto de una nueva valoración que, a su juicio, debe ascender a la cantidad de 1.926 ptas./metro², con un saldo a su favor de 14.727.921,39 ptas. Tal alegación no puede ser aceptada, pues el aumento de obra ejecutada en relación con los caminos de desvío no tiene encaje en el Art. 150.2 del Reglamento que se refiere a las modificaciones del proyecto que supongan la introducción de obras no comprendidas en la contrata o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, pues en el presente caso la realización de unos caminos de desvío estaban previstos en la contrata y la parte apelante no ha probado, ni siquiera ha intentado probar, que los 21.500 mts., de camino de desvío ejecutados, además de los 800 metros inicialmente contratados, tuvieran características que les hicieran diferir sustancialmente de estos últimos. Siendo obvio que el aumento del número de metros de camino de desvío de unas mismas características supondrá un aumento cuantitativo, pero no cualitativo. Amén de que aunque se llegase a admitir que la modificación que se hubiera producido tuviera encaje en el Art. 150.2, la consecuencia no sería el declarar, sin más, que el apelante tiene derecho a los 14.727.921,39 ptas., que solicita, pues lo que establece tal precepto es el derecho del contratista de solicitar de la Administración (antes de realizar las obras no comprendidas en el contrato o que difieren sustancialmente de ellas) que, a la vista de la propuesta del director de las obras y de las observaciones que a la misma haga el propio contratista, fije los precios de aplicación a las mismas, formalizándose tales modificaciones del contrato en documento administrativo. Ciertamente que la necesidad de esta determinación contradictoria de los nuevos precios y del derecho de la Administración a contratar las nuevas obras con otros empresarios en estos nuevos precios, o ejecutarlas ellos directamente, si el contratista no aceptase estos nuevos precios, establecido en el Art. 150.2, no es negado por el apelante que, en su escrito de alegaciones -y por primera vez- trata de fundamentar su pretensión en la teoría del enriquecimiento injusto, aduciendo que el mayor valor que pretende ha sido acreditado a través de la prueba pericial obrante en los autos, que atribuyen a esta partida un coste de realización de 17.166.270 ptas. Mas examinado el referido informe pericial con arreglo a las reglas de la sana crítica, lo primero que se observa es que el propio perito manifiesta que actúa, a falta de otros datos más objetivos, sobre las manifestaciones que le hace la propia parte e incluye en su valoración no sólo la ejecución de los caminos (7.447.020 ptas.), sino el mantenimiento de los mismos (8.389.200 ptas.) y otros conceptos como señalización (150.000 ptas.) y conservación de la señalización (que, paradójicamente, asciende a 1.080.000 ptas.) y trabajos diversos (100.000 ptas.), siendo evidente, por otro lado, que no se necesitan especiales conocimientos científicos para poder afirmar que cuando se aumenta el número de unidades de obra y las mismas

mecanográficos que suponían una disminución de 224.925 ptas., en la valoración final, así como por haberse omitido diversas unidades de obras cuyo importe asciende a 183.777 ptas.

⁴⁵⁴ Ver S.T.S., de 13 de Mayo de 1987, Ar.9115, Ponente: Excmo. Sr. D. Carmelo Madrigal García. La Sección Primera de la Audiencia Nacional dictó Sentencia en 3 de Julio de 1984, desestimó el recurso interpuesto contra resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 4 de Diciembre de 1980, de la Dirección General de Carreteras en cuanto aprobatoria definitiva de un proyecto de nueva carretera. Solicitaba la contratista un derecho al aumento de la liquidación practicada por la Administración.

pueden realizarse con la misma maquinaria y trabajadores, necesariamente tal aumento supone un beneficio para el contratista. Y en el presente caso no puede olvidarse que el presupuesto de la contrata fue de 232.317.574 ptas., que la misma le fue adjudicada al apelante en la cantidad de 135.905.000 ptas., es decir, con una baja del 41,50 % del presupuesto de la contrata, que ante la comunicación del Jefe de la Sección de Contratación del Ministerio de Obras Públicas de 30 de Agosto de 1976, inmediata a la adjudicación provisional, dirigida al Subdirector General de la Construcción interesando informe sobre si cabía considerar o no la proposición del hoy apelante como baja temeraria, éste, evacuando el trámite que le fue conferido, manifestó, el 15 de Septiembre de 1976, para justificar la baja, que disponía en los talleres que se encontraban en el lugar donde se iba a iniciar las obras, de un parque de maquinaria suficiente para su realización, de una cantera de áridos de su propiedad cerca de la obra y de personal especializado dentro de la propia Isla de Fuerteventura, circunstancias que no concurrían en los demás licitadores, y que le permitían los precios de ejecución material que especificaba y que, con referencia a los caminos de desvío, era de 120 ptas./metro², precio que coincide con el fijado en el acta de recepción definitiva de las obras, levantada el 5 de Abril de 1979, (firmada por el propio apelante) y con el aplicado en la liquidación definitiva, aprobada por el Director General el 12 de Marzo de 1980, frente a la cual formuló su reclamación aquél, pretendiendo su elevación hasta la suma de 1.026 ptas., por metro, sin aducir la modificación de ninguna de las circunstancias con las que había pretendido desvirtuar la presunción de baja temeraria formulada por el Jefe de la Sección antes mencionada. Lo que hace que sea imposible hablar en el presente caso de un enriquecimiento injusto o sin causa por parte de la Administración, pues de haberse producido un enriquecimiento por parte de la Administración, la causa habría que buscarla en la propia conducta del apelante, que con la baja ofrecida evitó la adjudicación de la obra a las otras nueve empresas cuyas proposiciones habían sido, también, admitidas al concurso-subasta.

La última alegación del apelante de que debe ser igualmente incrementado el precio de los desmontes realizados desde 42 ptas./m³ hasta 712 ptas., y del terraplén desde 47 ptas., a 233 ptas., en base a la aparición posterior de circunstancias imprevistas consistentes en que el porcentaje de roca surgido al realizar el desmonte fue muy superior al uno por ciento fijado en el estudio técnico de la Administración dado que en el informe pericial se estima que puede cifrarse en el cincuenta por ciento y que el terraplenado no pudo practicarse con el material procedente del desmonte, según se preveía en la memoria que el mismo presentó, no puede correr mejor suerte que las alegaciones ya examinadas. Por de pronto, no consta en el expediente administrativo ni el estudio técnico de la Administración ni la memoria que el mismo invoca. Y en el informe pericial con relación al porcentaje de roca existente en los terrenos en que se practicó el desmonte, el propio perito comienza señalando la dificultad que entraña dicha determinación ya que lo habitual -dice- es ir realizándola durante la ejecución de la obra y con los datos que se van obteniendo in situ, afirmando igualmente que, incluso entonces, es necesario aportar un apreciable grado de subjetividad y, tras manifestar que el cálculo lo ha realizado sobre fotografías tomadas de la obra, concluye que el volumen de terreno asimilable a roca alcanza al 50% , aunque, igualmente, afirma a continuación que es plenamente consciente de no usar un método exacto. En consecuencia, apreciado tal informe con arreglo a las reglas de la sana crítica, ningún valor puede concedérsele a los efectos de la pretensión del apelante en orden a la determinación del volumen de

roca que existió en el terreno desmontado. Aparte de que aunque fueran ciertos tales extremos, sí estaríamos -entonces- en presencia de obras cuyas características diferían de las sustancialmente proyectadas, en que el nuevo precio no se fijaría por la voluntad unilateral del contratista, sino a través del procedimiento contradictorio previsto en el Art. 150.2 del Reglamento. Mas en el presente caso no ha lugar ni siquiera a plantearse tal cuestión, pues aunque fueran ciertas tales circunstancias, éstas no pueden calificarse de imprevisibles, dado que el propio contratista, en su escrito justificando que su proposición no implicaba una baja temeraria, afirma que acababa de ejecutar un tramo de carretera de doce kilómetros con la que iba a empalmar la carretera cuya ejecución le ha sido adjudicado provisionalmente. Y es el propio apelante el que conociendo, por tanto, las características del terreno, fija como precio de ejecución del desmonte la de 42 ptas./metro³, y el de ejecución del terraplenado el de 47 ptas./m³, que son los que se han aplicado en la liquidación cuyo incremento pretende. Por último, se hacen necesarias algunas consideraciones sobre el principio de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los administrados, invocado por el apelante como fundamento de sus pretensiones. Siendo el presupuesto de la contrata de 232.317.574 ptas., formular una proposición de 135.905.000 ptas., eliminar mediante una baja del 41,50 % a los demás licitadores, justificar la baja con los argumentos que ya hemos examinado y solicitar luego de la Administración una ampliación del presupuesto de la obra hasta 256.000.000 ptas., son hechos difícilmente encajables, por parte del contratista, en el invocado principio de la buena fe.

Ya en la década de los noventa un caso de 1996⁴⁵⁵, y a finales de la década de los noventa hay que mencionar el caso El Portet⁴⁵⁶. Explica el Supremo que previamente al

⁴⁵⁵Ver S.T.S. de 3 de Enero de 1996, Ar.86, Nº de Recurso: 5361/1991, Ponente: D. MANUEL VICENTE GARZON HERRERO. Se impugna, mediante este recurso de apelación "Indeco S.A. Construcciones", la Sentencia de 5 de Marzo de 1991, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León y por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo 994/88, formulado por la entidad apelante contra la denegación de la petición de que se redactase un proyecto modificado del contrato de adjudicación de nueve viviendas de P.O.P.P. en Wamba (Valladolid). La entidad demandante había resultado adjudicataria de la construcción de nueve viviendas en Wamba (Valladolid). La demandante considera que debe procederse a la redacción de un proyecto modificado como consecuencia del incremento del coste de la obra. Este incremento se deriva, esencialmente, de dos conceptos. De una parte, los precios descompuestos y auxiliares fueron mal calculados en proyecto; de otra, la obra realmente ejecutada no se ajusta, en diversos capítulos del proyecto, a la proyectada. Estima la apelante que concurren las condiciones legales para la redacción del proyecto modificado, al exceder las obras a realizar del 20% del precio del contrato, todo ello de conformidad con el Art. 153 del R.G.C.E. y preceptos concordantes. Dos causas de incremento del importe final del contrato son alegadas por la actora, lo que obliga al examen particularizado y separado de cada una de ellas. Por lo que hace al mal cálculo de los precios descompuestos y auxiliares, sólo dos opciones son posibles. Una, entender que los mencionados precios descompuestos y auxiliares fueron omitidos, en cuya hipótesis la cláusula 51 del P.C.G.A., prevé que se entenderán incluidas en el precio de la unidad de obra. La otra posibilidad, es la de estimar que aun estando incorporados son claramente erróneos por insuficientes; en esta segunda hipótesis es clara la negligencia del contratista al no valorar dichos errores en la postura que, finalmente, resultó adjudicataria. La conclusión que de ambas hipótesis se desprende es la de que las inexactitudes contractuales que en ellas tienen origen no se pueden hacer valer mediante el proyecto modificado que el contratista pretende, sin perjuicio del derecho que le corresponde a percibir la obra realmente ejecutada. Por lo que se refiere a la ejecución de las obras, siguiendo las prescripciones del Director Técnico de aquélla, no se deduce que las modificaciones introducidas generen el derecho a un proyecto modificado. Para que este derecho surja es necesario, que se produzca a tenor de los Art. 50 L.C.E. y 150 R.G.C.E., "introducción de unidades de obra", o,

"modificación sustancial de las características de las unidades de obra fijadas en el Proyecto". La prueba pericial practicada en la instancia no permite concluir que haya habido "introducción de unidades de obra". Es cierto que la prueba pericial practicada admite modificaciones, incluso relevantes, en las unidades de obra fijadas por el proyecto, pero sin que lleguen a la categoría de "sustanciales", que es lo que los preceptos contenidos en los Art. 50 L.C.E. y 150 R.G.C.E., exigen para dar lugar al "proyecto modificado" pretendido. Los razonamientos anteriores comportan la necesidad de desestimar el recurso, al no haberse demostrado que se que se den los presupuestos legales a que se supedita la confección del Proyecto modificado demandado por la actora. Ello, naturalmente, no excluye su derecho a que le sea abonada, conforme al Art. 47 L.C.E. y 142 del R.G.C.E., la obra realmente ejecutada, en cuanto se diferencia de la proyectada.

⁴⁵⁶ Ver S.T.S. de 15 de Junio de 1999, Ar.6449, Nº de Recurso: 8803/1994, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVAS. Por Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro de 29 de Agosto de 1988, se otorgó al Ayuntamiento de Sallent de Gállego (Huesca) una concesión de 500 litros/segundo a derivar del Barranco de "El Portet", en dicho término municipal, con destino a la producción de energía eléctrica en la Central Hidroeléctrica denominada "El Portet". En el Boletín Oficial del Estado de 21 de Abril de 1989, se publica el anuncio de licitación del concurso para adjudicación de la realización de la obra civil de una Mini Central Eléctrica en el Barranco de "El Portet", término municipal de Sallent de Gállego (Huesca) con una licitación de 106.000.000 de ptas., y a dicho concurso no se presenta propuesta alguna, por lo que se declara desierto. Se declara probado por la Sentencia impugnada los siguientes puntos: 1º) La cantidad reclamada corresponde a obra efectivamente ejecutada, según se pone de manifiesto en el informe pericial procesal obrante en las actuaciones, en el que se afirma literalmente "las obras han sido realmente ejecutadas por el contratista" y se incluye en los cuadros uno y dos una relación pormenorizada en la que se explicitan las unidades de obra previstas inicialmente en el proyecto y las finales, con indicación de las diferencias y su repercusión en el coste de la obra, correspondiéndose el exceso ejecutado con la diferencia reclamada, atendiendo a los precios ofertados. 2º) Las afirmaciones que sostiene la Administración demandada en su escrito de contestación que pone en duda que la obra efectivamente ejecutada sea la señalada, carece en absoluto de justificación, como se encarga de poner de manifiesto el informe pericial practicado en autos, en el que se reconoce "en el desarrollo de la obra se han ido introduciendo modificaciones" que han dado lugar a variaciones en las mediciones "que se han aceptado por corresponder a la realidad". 3º) Reconoce el fundamento jurídico sexto de la Sentencia recurrida que la existencia de las variaciones sobre el proyecto vino impuesta por la Administración municipal, al dar traslado a la dirección de las obras, de las que eran impuestas por diversas Administraciones competentes que le fueron comunicadas reiteradamente por Idom y lo viene a reconocer la propia Administración implícitamente en unas ocasiones y en otras expresamente, conviniendo señalar, a juicio de la Sala de instancia, que no nos encontramos ante un supuesto de incremento de precios sobre unidades proyectadas, sino de un aumento de unidades de obra cuya realidad reconoce la Administración, desde el momento en que se niega a responder a su informe. 4º) Conforme al apartado 1.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas relativas a la dirección de las obras: "la dirección, control y vigilancia de las obras estará encomendada a la firma de Ingeniería Idom, que asumirá la representación del cliente frente al contratista por medio de un Ingeniero Director de obra de su plantilla", de donde se desprende que para el contratista, la dirección de la obra representa a la Administración, habiendo acreditado que fue la dirección de la obra la que impuso al contratista las modificaciones llevadas a cabo. En este punto, la Sentencia recurrida, en el fundamento jurídico noveno cita el escrito de 15 de Septiembre de 1992, y el posterior de 4 de Marzo de 1993, en el que se señala que en lo que respecta a las modificaciones de la obra civil que dice no fueron autorizados por el Ayuntamiento, entiende la Sala de instancia que no fue así y de hecho ninguna se debe a capricho o falta de previsión. Consta, igualmente, una carta de 15 de Septiembre de 1992, en la que se reconoce que en la realización de las obras se han introducido modificaciones que hicieron variación de precios, como son obra de toma, tuberías de presión, edificio de la central y canal de descarga, que fueron pedidas por los diferentes organismos oficiales que intervinieron en la autorización de la Central, como fueron la Confederación Hidrográfica del Ebro, la Diputación General de Aragón y la Consejería de Medio Ambiente. b) Del examen del expediente administrativo y de la prueba practicada extrae la Sala, en el fundamento jurídico décimo, la conclusión que la razón de las nuevas o mayores unidades de obra tuvieron su origen en prescripciones de las Administraciones públicas o en la aparición de materiales diversos de los previstos y con fundamento en el Art. 50 de la L.C.E., precepto en el que se reconoce que si durante la ejecución del contrato la Administración resolvió si introducía en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción

análisis planteado procede señalar que en el caso examinado consta acreditado en autos que las variaciones en relación al proyecto y presupuesto aprobado por la Corporación de Sallent de Gállego fueron alterados como consecuencia de órdenes efectuadas por la Dirección Técnica al contratista, según se infiere del examen de las actuaciones y de las conclusiones extraídas del informe pericial procesal, como consecuencia de la necesidad de su realización en su dimensión real, constando, igualmente, acreditado que el Director de la obra ordenó en partidas concretas el cambio de materiales o de configuración de necesidades técnicas adicionales y modificaciones aprobadas por el Ayuntamiento, según se infiere del análisis del Libro de órdenes y asistencia que se incorpora al escrito de demanda de la parte actora en el proceso contencioso administrativo y así se deduce de las órdenes emitidas con fecha 12 de Agosto de 1991, 6 de Mayo de 1992, que afectan a la caseta de turbina y a los anclajes de la tubería forzada y de fecha 27 de Mayo de 1992. Tales órdenes implican modificaciones sustanciales efectuadas con firma de la Dirección de obra y del representante de la obra civil.

Frente al criterio que sostiene la parte recurrente en casación, según el Supremo no se ha vulnerado, con fundamento en las Sentencias de esta Sala de 20 de Abril de 1992 y 21 de Enero de 1994, la regla general de la *lex contractus*, principio esencial de la contratación administrativa, puesto que si bien el Pliego de Condiciones es para las partes la ley del contrato y buena prueba es la jurisprudencia de esta Sala sobre el particular (Sentencias, entre otras, de 10 de Marzo de 1982, 23 de Enero de 1985, 18 de Noviembre de 1987, 6 de Febrero de 1988, y la invocada Sentencia de 20 de Abril de 1992), ello no excluye que se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el Pliego, como reconoce la Sentencia de 28 de Julio de 1987, por lo que hay que llegar

y aun supresión de unidades de obra marcadas en el mismo o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que sea de las comprendidas en la contrata, serán obligatorias para el contratista estas disposiciones sin que tenga derecho en caso de supresión o reducción a reclamar ninguna indemnización, sin perjuicio del Art. 52 de la Ley. c) Teniendo en cuenta la remisión que en la cláusula 5.10 se contiene a que las obras varias cuya ejecución no esté totalmente definida en el proyecto se abonarán de acuerdo con lo previsto en el R.G.C.E. y la previsión contenida en el Art. 142 de dicho cuerpo legal, en el que se reconoce que el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, del examen conjunto de dichos preceptos, en relación con la doctrina jurisprudencial que sostiene la interdicción del enriquecimiento injusto, concluye la Sala en el fundamento jurídico undécimo reconociendo que procede el abono de la totalidad de las obras realmente ejecutadas, al haber sido impuestas por la Dirección Técnica en la representación que ostentaba de la Corporación Municipal y dado que las mismas coinciden con las que se indican por la parte actora y los precios certificados, según pone de manifiesto el informe del Perito judicial, que consta incorporado a las actuaciones del proceso contencioso-administrativo. d) Finalmente, la Sentencia impugnada, en el fundamento jurídico decimosegundo, entiende que respecto de las penalidades impuestas al contratista, su procedencia se realizaría si el retraso se debiera a causa imputable al contratista y cierto es, a juicio de la Sala de instancia, que ello no se puede extraer del examen del expediente administrativo, pues existe un hecho indiscutible, que la obra efectivamente ejecutada en virtud de las órdenes de la parte contratante, a través de su Dirección Técnica, supera de forma notoria el contenido inicial de lo proyectado y la repercusión sobre el plazo de terminación del contrato es indudable, por lo que debe entenderse producida, a juicio de la Sala, una ampliación o prórroga tácita del plazo contractual, debiéndose concluir en el reconocimiento de tal prórroga y no existiendo en el expediente administrativo datos relevantes que entiendan que se produce el retraso por causa diversa a la antes referida, la Sentencia impugnada deja sin efecto la referida determinación de la penalidad impuesta al contratista, que se contiene en la resolución recurrida y reconoce el abono de la cuantía que contiene la pretensión instada por la parte actora en el proceso contencioso-administrativo.

a la conclusión, frente al razonamiento vertido por la parte recurrente en casación, que no es lícito argüir que las obras adicionales no fueron aprobadas por la Administración contratante o que ésta no autorizase al Director de las mismas ordenar su ejecución o que ni siquiera fueron ordenadas por escrito al contratista, porque el principio de inalterabilidad de los contratos no puede llevarse hasta el extremo de que se produzca un enriquecimiento injusto en perjuicio del contratista, como reconoce sobre esta materia la Sentencia de esta Sala de 18 de Junio de 1985. Tampoco aparece vulnerada la doctrina jurisprudencial que se contiene en la Sentencia invocada de 21 de Enero de 1994, que reconoce la fuerza vinculante de las cláusulas que forman las condiciones en que ha de desarrollarse la contratación administrativa y que establece la doctrina de que la modificación de alguna cláusula determinante del consentimiento prestado origina la nulidad del contrato, ya que no estamos ante un supuesto de riesgo y ventura por parte del contratista, pues como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, en el supuesto enjuiciado no sería de aplicación el referido principio, que consigna el Art. 46 de la L.C.E. En efecto, lo realmente producido es una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la Administración y conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala (en Sentencias de 29 de Septiembre de 1977, 21 de Marzo de 1983, 27 de Abril de 1987 y 5 de Junio de 1991) el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor recogidos en el Art. 46 de la L.C.E., sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, como sucede en el caso de autos, en el que las obras han sido ejecutadas con alteraciones en virtud de las órdenes realizadas por cuenta de la dirección facultativa que actuaba en representación de la Corporación local y así lo reconoce expresamente la Sentencia impugnada, según se infiere del análisis de las actuaciones judiciales y del expediente administrativo, por lo que no queda justificada las afirmaciones que sobre este punto sostiene la parte recurrente en casación. Finalmente, interesa subrayar que el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la L.C.E. y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Los razonamientos expuestos motivan la desestimación de la argumentación que sobre el quebrantamiento del principio de la *lex contractus* y del riesgo y ventura del contratista, sostiene la parte recurrente.

Expone el Alto Tribunal que dentro del único motivo del recurso de casación se alega como segundo razonamiento por la representación procesal del Ayuntamiento de Sallent de Gállego (Huesca) la incorrecta aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto en relación con los Arts. 47 de la L.C.E. y 142 del R.G.C.E., puesto que, a su juicio, existen supuestos como el presente en los que no cabe hablar de un enriquecimiento injusto de la Administración, aunque se hubiese ejecutado mayor volumen de la obra que el presupuestado, por lo que la aplicación de la citada doctrina infringe, por aplicación indebida, la jurisprudencia que configura la interdicción del enriquecimiento injusto, llegando a la conclusión de que no existe enriquecimiento del

Ayuntamiento, sino un mero cumplimiento de las disposiciones contractuales que regulaban el alcance de los derechos de las partes contratantes, siendo de tener en cuenta, a juicio de la parte recurrente, la aplicación de la cláusula 49 del P.C.G.A., regulada por Decreto 3854/70, de 31 de Diciembre, que reconoce el abono al contratista con arreglo al precio convenido de la obra que realmente ejecute, al proyecto que sirvió de base a la licitación, a sus modificaciones y a las órdenes dadas por escrito a la Administración, discrepando, en este punto, de la apreciación sentada por la Sala de instancia. En el caso examinado, la Sentencia recurrida extrae la conclusión del examen de las actuaciones del expediente administrativo y de la prueba practicada, especialmente del análisis de la prueba pericial procesal, que la obra ejecutada y lo pedido y cuantificado en las correspondientes certificaciones de obra, responde realmente a lo ejecutado, sin que ello suponga quebrantamiento alguno del principio del enriquecimiento injusto, puesto que no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos, por una parte, con la realización de las obras y las cargas sufridas por la parte contratante con su ejecución y este desequilibrio no puede corregirse a través de la técnica de la gestión de negocios, sino por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa. En este punto, la jurisprudencia viene suavizando la aplicación del principio de inalterabilidad contractual proclamado en el Art. 51 del R.C.C.L. y ha realizado una interpretación flexible de los Arts. 53 y 54 del citado Reglamento, declarando en Sentencias de 15 de Marzo de 1978, 21 de Noviembre de 1981 y 20 de Diciembre de 1983, que la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de reclamaciones por exceso sobre el proyecto que hubiere sido efectivamente ejecutado como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender que, en algunos casos, no se producía una alteración sustancial del proyecto, pero llegando a afirmar que si efectivamente fueron ordenadas las obras como se ha producido y probado en el caso examinado, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que éste pueda percibir su importe, puesto que consta acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad en la contratación administrativa, criterio jurisprudencial que reitera, a mayor abundamiento, la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias de 12 de Febrero de 1979 y 21 de Noviembre de 1981, en el supuesto de modificaciones en la prestación del contrato, como consecuencia de órdenes dadas por la dirección de la obra, lo que realmente ha sucedido en la cuestión examinada.

Para el T.S., tampoco concurren, a juicio de esta Sala, los elementos determinantes para entender que se hubiera producido un enriquecimiento injusto por parte del contratista, puesto que son los Tribunales de instancia quienes han de apreciar conforme a las reglas de aplicación, la existencia o no de un enriquecimiento injusto, que exige para su éxito, entre otros requisitos, la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y la consiguiente ventaja adquirida, como ha reconocido reiterada jurisprudencia de esta Sala y también de la Sala Primera del T.S., siendo exponente de esta última jurisprudencia las Sentencias de dicha Sala de 20 de Diciembre de 1977, 23 y 28 de Febrero de 1991, 23 de Marzo de 1992 y 31 de Marzo de 1992, que desestiman la acción de enriquecimiento injusto cuando lo resuelto se ampara en una Sentencia o resolución motivada y ajustada a la legalidad, lo que sucede en la cuestión examinada,

en donde el fundamento undécimo de la Sentencia impugnada sostiene la interdicción del enriquecimiento injusto y la conclusión que procede el abono de la totalidad de obra ejecutada al haber sido impuesta por la Dirección Técnica en la representación que ostentaba de la Corporación municipal, coincidiendo con los precios certificados, según se pone de manifiesto en el informe del perito procesal, que consta incorporado a las actuaciones. A mayor abundamiento, sobre este punto, es de tener en cuenta que no concurren los requisitos del enriquecimiento injusto y que son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido. b) Correlativo empobrecimiento de la parte actora, representado por un daño emergente o por un lucro cesante. c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Tales requisitos son de libre apreciación por la Sala de instancia, que en la cuestión examinada, ha realizado una ponderada valoración, de forma que no puede utilizarse en este punto la vía del recurso de casación como una nueva valoración de la prueba de manera partidista, interesada o acorde con la tesis del propio recurrente, en contra de la ponderada, objetiva y desinteresada apreciación efectuada por la Sala de instancia, a quien corresponde la facultad de establecer si se dan o no los requisitos de la novación, extinción o modificación contractual, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala y anteriormente, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de Febrero, 20 y 28 de Marzo, 4 de Junio, y 26 de Octubre de 1985 y 30 de Septiembre de 1993. Finalmente, no consta vulnerada la doctrina jurisprudencial que se contiene en la invocada Sentencia de 27 de Abril de 1990, que igualmente cita la parte actora como infringida, en la medida en que en aquella Sentencia se pone de manifiesto que faltan los dos esenciales condicionantes para que el enriquecimiento injusto se produzca y además, en la Sentencia referida, que confirma una Sentencia dictada por la antigua Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, se reconocía expresamente que la posibilidad de la revisión se produce por aumentos que excedan del precio normal de materiales o jornales que viniere satisfaciendo el contratista y en virtud de precepto obligatorio, en la forma recogida en el apartado e) del Art. 57 del R.C.C.L., en la redacción de 9 de Enero de 1953⁴⁵⁷.

El último de los razonamientos, dentro del motivo único de casación en que se basa la parte recurrente, consiste en señalar la infracción de los Arts. 18 de la L.C.E. y 50 del R.G.C.E., sobre la prerrogativa de interpretación de los contratos y en particular, en relación con las penalidades impuestas al contratista, llegando a la conclusión la parte

⁴⁵⁷ Añade el T.S. que el Art. 142 del R.G.C.E. señala que el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, en los términos previstos en el Art. 47 de la L.C.E. y respecto del invocado precepto, es de tener en cuenta que corresponde a la Administración, expedir las Certificaciones que correspondan a la obra ejecutada. Estas certificaciones tienen el concepto de pago provisional a cuenta y están sujetas, en los términos del Art. 145.2 del Reglamento, a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final. Así resulta la propia naturaleza de las Certificaciones de obra, que no es otra que la deducible del Art. 47 de la L.C.E. y la aplicación conjunta de los Art. 142 y 144 del R.G.C.E., permite constatar que constituyen un título de crédito a favor del Contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio, pues, de acuerdo con el Art. 47 de la L.C.E., el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, lo que implica, en la cuestión examinada, el abono de las certificaciones séptima y octava. Los razonamientos precedentes conducen a la desestimación de los criterios manifestados por la parte recurrente en casación sobre el enriquecimiento injusto imputable al contratista.

recurrente que, en la cuestión examinada, el Ayuntamiento tuvo en cuenta las circunstancias que constan acreditadas en el expediente administrativo, derivadas de la conducta escasamente diligente del contratista en la ejecución de obras, en cuanto que durante periodos de tiempo no dedicó a las obras los necesarios medios materiales y humanos para su correcto desenvolvimiento, ocasionando nuevos retrasos en otras instalaciones de la mini central. Sobre este punto, hay que subrayar que incumbe al órgano jurisdiccional de instancia la interpretación del contrato y en la cuestión examinada es correctamente valorada por la Sentencia impugnada, en el fundamento duodécimo, la cuestión de la penalización, existiendo un hecho indiscutible consistente en que la obra efectivamente ejecutada, en virtud de las órdenes de la parte contratante, a través de su Dirección Técnica, superó de forma notoria el contenido inicial de lo proyectado, cuya repercusión sobre el plazo de terminación del contrato se estima indudable y ello determinó una ampliación o prórroga tácita del plazo contractual, que la Sala asume en su integridad, puesto que considera que no existe en el expediente administrativo datos relevantes de que se produzca un retraso por causa imputable al contratista y deja sin efecto la referida penalización. Estas conclusiones han de mantenerse, ya que no resultan ilógicas o contrarias a las reglas de la sana crítica que en modo alguno, puede predicarse en el caso que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que la parte actora no utiliza la vía del Art. 632 de la L.E.C., en relación con el Art. 95.1.3 de la L.J.C.A., para contravenir los criterios manifestados por la Sentencia recurrida. Así resulta que en el curso de la ejecución de la obra, la Administración, en el ejercicio de la facultad que le reconoce el Art. 50 de la L.C.E., ordenó, a través de la intervención de la dirección facultativa, la modificación de alguno de los elementos programados, la adición o sustitución de las unidades de obra ya ejecutadas y ello comportó un incremento del tiempo calculado para la terminación de las obras, pero tal desfase no puede imputarse al contratista, que según el Art. 150 del R.G.C.E., está obligado a aceptarlo.

En algún caso se encuentran ambas soluciones. Así se puede citar el asunto OCISA⁴⁵⁸. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., de Valencia de 31 de Julio de 1989, desestimó la demanda formulada por «Bernal Pareja, S. A.» -actualmente «Obras y Construcciones Industriales, S. A.»-, contra la resolución de la Dirección General del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda - IPPV- de 30 de Septiembre de 1983, por la que se aprobaba la liquidación provisional de las obras del «Emisario General del Polígono: Acceso de Ademuz», de la que era adjudicataria la Entidad demandante; solicitándose en la demanda la práctica de una nueva liquidación por la cuantía de 20.845.195 ptas. más la cantidad que corresponda por la revisión de dicha suma, según está previsto en el Pliego de Condiciones. Petición que fundamentaba en el mayor coste de la obra realizada, debido a la falta de disponibilidad de los terrenos por los que iba a discurrir el trazado de las obras así como a la aparición de roca en parte de los terrenos, lo que obligó a la utilización, para su extracción, de unos medios no previstos inicialmente en el proyecto. La Sentencia apelada, aun admitiendo los hechos alegados por la Entidad demandante así como que los mismos fueron determinantes del mayor costo de las obras, desestima, sin embargo, la petición deducida por entender que falta respecto de los citados hechos la nota de imprevisibilidad exigida por la doctrina jurisprudencial para el éxito de la pretensión. La

⁴⁵⁸ Ver S.T.S. de 30 de Marzo de 1991, Ar.2022, Ponente: D. MARÍANO DE ORO-PULIDO LÓPEZ.

falta de disponibilidad de la totalidad de los terrenos afectados por la obra, como consecuencia de no estar realizadas las expropiaciones precisas o de no disponerse de las autorizaciones necesarias por parte de los Organismos afectados -Comunidad de Regantes de la Real Acequia de Moneada, «F.E.V.E.», Cámara Oficial Agraria-, determinó que la ejecución de los trabajos, en lugar de por un proceso continuo de excavación, tuvo que realizarse mediante saltos continuos en la traza, lo que debía llevarse a cabo mediante la construcción de rampas a fin de poder evacuar la maquinaria y medios auxiliares que realizaban la excavación, para, en un segundo momento, efectuar la explanación de dichas rampas. Este medio de realización de la obra, más costoso que el previsto en el proyecto, vino impuesto por circunstancias totalmente ajenas al contratista e imputable únicamente al incumplimiento por parte de la Administración del Art. 81 del R.G.C.E. Otro tanto puede decirse de la «modificación de los taludes de las excavaciones para asegurar su estabilidad evitando entibaciones» impuesta por «el frecuente riego de las tierras contiguas» -según consta en la propia memoria de liquidación- lo que determinó, al hacerse los taludes con mayor inclinación, «una mayor ocupación en planta del inicio de la excavación con respecto a la prevista en el proyecto y consiguientemente un mayor volumen de excavación a realizar», así como la imposibilidad de «depositar junto a la traza todos los materiales extraídos, tanto procedentes del desmonte como de la propia zanja, debiendo transportarse a un vertedero, para su posterior relleno una vez realizada la obra», según se reconoce en el informe emitido por el perito procesal, designado por insaculación. Está asimismo acreditado -informe emitido por el Director facultativo de las obras correspondiente al mes de Agosto de 1981, acompañado como documento núm. 4 de la demanda—que durante la ejecución de los trabajos apareció, de forma inesperada, roca en el terreno, no contemplada en la memoria descriptiva del Proyecto ni en la justificación de precios, por lo que «es evidente -según reconoce el propio perito procesal- que se desconocía el terreno a atravesar o como mucho se estimaba que serían tierras de mayor o menor dureza, como se establece en el precio del metro cúbico de excavación en cualquier clase de terreno incluido refino, entibación y agotamiento, al considerarse un 40 por 100 de tierra franca y un 60% de tierra dura, pero no considerando en ningún momento la existencia de roca». Se trata, en definitiva, de unas unidades de obras no contempladas en el proyecto, pero autorizadas tácitamente por la actuación de la Administración o impuestas por la propia dinámica de la construcción que, por su imprevisibilidad, no pueden considerarse inherentes a la contrata, lo que impide que pueda obligarse al contratista a realizarlas sin contraprestación alguna o con arreglo a un precio calculado para unidades de obra de muy distintas características técnicas, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial que viene aplicando, para supuestos análogos, la doctrina del enriquecimiento sin causa. Ello, no obstante, no puede conducir a la estimación íntegra del recurso por cuanto, según consta en el amplio y detallado informe emitido por el perito procesal, no puede aceptarse las cubicaciones pretendidas por la Empresa demandante en relación con el «transporte a vertedero» y con la «excavación en préstamo», ya que, en cuanto al primer concepto, «tanto las rampas longitudinales como la tierra vegetal están incluidas en la medición efectuadas por la dirección facultativa en el capítulo correspondiente a relleno de zanja y transporte de tierra a vertedero» y en cuanto al segundo concepto, porque «sólo parte de la tierra extraída - concretamente 34.080.488 m³- fue necesario transportar a vertedero»; así como tampoco puede aceptarse, a la vista de las consideraciones efectuadas en el referido informe pericial, el valor del metro cúbico de «excavación en roca» -1.679 ptas.- y de «excavación en

préstamo» -63.50 ptas.- pretendido por la Empresa demandante, debiendo fijarse, de acuerdo con lo consignado en dicho dictamen, en 1.578,60 ptas. y 55 ptas. respectivamente.

También hay que citar un asunto de 2005⁴⁵⁹. Se mantiene que la Sentencia infringe la cláusula 50 del P.C.G.A., amén del apartado 7.2 del Pliego de Cláusulas Particulares,

⁴⁵⁹Ver S.T.S. de 1 de Febrero de 2005, Ar.1533, Nº de Recurso: 3992/2000, Ponente: D. MARÍANO BAENA DEL ALCAZAR. Se refiere la materia del presente recurso de casación a liquidación practicada por la Administración al finalizar un contrato de obras. Por una determinada empresa de construcción, luego sustituida por otra, se obtuvo la adjudicación de las obras de la autovía Irurtzun-límite con Guipúzcoa, y en concreto del tramo Irurtzun-Latasa de la tercera fase de la misma, adjudicación ésta realizada por el Gobierno Autónomo de Navarra. Durante la realización de las obras fueron necesarias ciertas modificaciones del proyecto inicial y la Administración ordenó su ejecución, aunque no las aprobó de forma expresa por falta de consignación presupuestaria en aquella fecha. Las modificaciones se valoraron inicialmente en 642.345.260 ptas., y además se aumentó el plazo de ejecución de la obra, todo ello según propuesta de la dirección de dicha obra al Consejero competente de la Comunidad Autónoma. Así las cosas resulta que el Director Facultativo de la Obra remitió posteriormente a la empresa una relación de 125 precios contradictorios y el presupuesto de la liquidación provisional a origen, ante lo cual la citada empresa manifestó su conformidad. Solo después de estas actuaciones se dictó acuerdo del Gobierno de Navarra de fecha 25 de Marzo de 1996, en cuya motivación se hacía constar que procedía el pago ocasionado por las modificaciones para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración, aunque las modificaciones se realizaron sin aprobación formal, y en cuya parte dispositiva se disponía el abono a la empresa de la cantidad de 7.360.423 ptas. Contra este acuerdo la empresa recurrió en vía contenciosa. Con fecha 31 de Marzo de 2000, por el T.S.J. de Navarra se dictó Sentencia por la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Cubiertas y Mzov, S.A. (hoy Necso Entrecanales Cubiertas, S.A.) contra Acuerdo del Gobierno de Navarra, relativo a aprobación de la liquidación provisional de obras de determinada autovía. La empresa demandante mantuvo que el importe real de las modificaciones fue el inicialmente previsto de 642.345.260 ptas., y que si no hubiese sido así hubiera resultado innecesario tramitar una modificación presupuestaria relativa a una cifra inferior a 7.500.000 ptas. Según las alegaciones de la entidad recurrente la Administración autonómica pretende perjudicar a quien actuó de buena fe. En consecuencia con esto en los Fundamentos de Derecho siguientes de la Sentencia se hace un estudio pormenorizado de las reclamaciones sobre cada una de las partidas, acogiendo la mayor parte de ellas salvo las que seguidamente se enumeran. Se trata de las relativas a precio de tubos y caños de hormigón (precio número 24); precio del m³ de relleno para tierra armada; tubos de hormigón centrifugado y hormigón de recubrimiento y encofrado de los tubos utilizados; caminos de acceso a cabezas de desmonte; plataformas para la colocación de vigas; vados en el río Larraun y trabajos de recuperación del mismo; gastos de seguridad e higiene; gastos de limpieza y terminación de la obra; y gastos de medidas de seguridad extraordinarias. En cambio se acogen solo parcialmente, realizando las cuantificaciones oportunas, las reclamaciones que se refieren a sobrecoste por cambio de firme y a pagos a subcontratistas y proveedores. En el estudio realizado, que conduce al acogimiento total o parcial de las reclamaciones sobre determinadas partidas y al rechazo de otras, además de pronunciarse sobre las alegaciones y circunstancias concretas, la Sala se apoya según los casos en la prueba testifical del director facultativo de la obra y señaladamente en la prueba pericial practicada. Se concluye, y así se expresa en el Fundamento de Derecho undécimo de la Sentencia, que la suma de las cantidades a abonar por la Administración como principal de la deuda asciende a 339.019.500 ptas. Además la Sentencia precisa que procede la revisión de precios prevista en el P.C.A.P., pero no tomando como base la cantidad fijada en la demanda sino las cantidades reconocidas en Sentencia salvo las correspondientes a indemnizaciones. Se ha producido la incoherencia interna de la resolución judicial recurrida. El argumento se basa en que la Sentencia, en su Fundamento de Derecho 6º.1, aprecia que respecto al transporte de material procedente de excavación al vertedero en la realización de la obra, se produjo una alteración cualitativa y no cuantitativa de las condiciones iniciales previstas, pues no solo debió extraerse al realizar la excavación un volumen de material mucho mayor que el calculado, sino que además fue necesario habilitar nuevos vertederos. La Comunidad Autónoma argumenta sobre la base de que del dictamen pericial se deduce que se trató de una alteración cuantitativa, por lo que no procede en este concepto el abono a la empresa contratista de cantidad ninguna. Con fundamento en la S.T.S. que se

alegación esta última que no debe tenerse en consideración ya que la supuesta contravención del Pliego de Condiciones Particulares no puede argumentarse válidamente como motivo de casación. En todo caso, y refiriéndose a la contravención alegada de la cláusula 50, la argumentación consiste en que la Sentencia (Fundamento de Derecho 5º.1) infringió el ordenamiento jurídico al pronunciarse sobre los precios correspondientes a la modificación de estructuras E-2, E-3, y E-4. Se afirma que se trata de una modificación propuesta por el contratista, consistente en sustitución de las unidades previstas en el proyecto por otras de análoga naturaleza, por lo que ello no genera derecho de indemnización o bonificación de ninguna clase. Se mantiene asimismo que aunque la alteración citada fuese aprobada por la dirección de la obra, ésta no tiene capacidad para aprobar modificaciones de precios. Pero tampoco podemos acoger este motivo, pues la cuestión básica sobre la que se pronuncia la Sentencia es si las modificaciones eran necesarias a juicio del director de la obra. Respecto a este punto parece haber alguna discrepancia sobre si el proponente de la modificación de que se trata fue el director de la obra o la empresa contratista, pero en cualquier caso la dirección de la obra la estimó necesaria, por lo que el T.S.J., se atuvo a la cláusula 50 del Pliego de Condiciones Generales al reconocer el derecho al abono correspondiente. Así lo hizo declarando además que la Administración foral no realizó ningún esfuerzo probatorio para demostrar que los precios propuestos por la dirección de la obra no fueran correctos.

Se alega infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en concreto del Art. 50 de la L.C.A.P. y del 150 de su Reglamento, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, así como de la jurisprudencia que los interpreta. Se combate en este caso, como se ha visto sucedía también en el motivo segundo aunque ahora con fundamento procesal diferente, la declaración del Fundamento de Derecho 6º.1 de la Sentencia sobre transporte de material procedente de excavación a vertedero. No obstante, este motivo debe ser rechazado por las mismas razones que el motivo segundo anterior. Desde luego hemos de apreciar que su construcción es defectuosa, debiendo acogerse al respecto la alegación de la empresa recurrida. Este acogimiento no puede referirse al argumento de que el motivo es inadmisibile, por haberse citado en la Sentencia la Ley Foral navarra de Contratos. Pues esta afirmación corresponde a la realidad, pero la Sentencia menciona la Ley Foral después de citar la legislación estatal y apreciando que en cuanto al punto concreto ambas normas tienen el mismo contenido. Debe acogerse en cambio la alegación de la empresa respecto a otros extremos. La Comunidad Autónoma insiste en que la modificación derivada de una actividad mayor

cita de 30 de Julio de 1996, se sostiene que la discordancia entre el dictamen pericial y la conclusión a que llega el juzgador a quo supone una incoherencia equivalente a incongruencia. En cuanto a este motivo deben acogerse las alegaciones de la empresa recurrida según las cuales asiste la razón a la Sentencia del T.S.J. La Sentencia considera probado partiendo del informe del perito que el vertedero inicialmente previsto resultó insuficiente y hubo que habilitar otros, y entiende que eso supone que se produjo una alteración cualitativa y no solo cuantitativa. Valora además que de esa alteración se informó a la Dirección Facultativa de la obra, y llega a la conclusión de que la alteración era necesaria para aquella obra y no se produjo por mera conveniencia del contratista. A la vista de ello hay que entender que el razonamiento expresado en el motivo supone una discrepancia de la Comunidad Autónoma en cuanto al uso que hizo el Tribunal a quo de sus facultades de apreciación de la prueba. Pero este uso fue correcto y estuvo suficientemente fundado. El T.S.J., actuó dentro de sus facultades respecto a la práctica y valoración de la prueba al llegar en cuanto a este punto a una conclusión distinta de la mantenida por la Comunidad Autónoma, por lo que el motivo debe ser desechado o no acogido.

que la prevista en cuanto al transporte de material de excavación a vertedero es de carácter simplemente cuantitativo y no cualitativo. Como se ha visto al estudiar inicialmente el segundo motivo de casación que se invoca, ello supone no fundamentar debidamente la infracción de los preceptos alegados, sino discutir una vez más la valoración de la prueba realizada por el T.S.J., que debemos entender hizo un uso correcto de sus facultades. Por ello, como se ha dicho, es preciso desechar o no acoger el motivo.

En cuanto al motivo cuarto se refiere al Fundamento de Derecho 6º.1 de la Sentencia impugnada, en el que se acoge la pretensión de la empresa contratista relativa al transporte de material de excavación a vertedero, pero solo parcialmente. Pues aunque se reconoce que ello dio lugar a determinados gastos y por eso la pretensión se estima en parte, no se acoge por completo, sino que ateniéndose al dictamen del perito se reconoce el derecho respecto a la utilización de nuevos vertederos pero no respecto al transporte propiamente dicho. En este motivo se alega la infracción de los Arts. 372,3 de la L.E.C, y 120.3 de la C.E., así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este T.S. que los interpreta, manteniendo que se produce la falta de motivación de la Sentencia impugnada. Se afirma, apoyándose en la jurisprudencia que se cita, que el Tribunal *a quo* estaba obligado a razonar el pronunciamiento escueto de que no admite los gastos de transporte ateniéndose al dictamen pericial emitido. Pero entiende esta Sala que tampoco puede acogerse dicho motivo, pues la remisión al dictamen del perito era suficiente ya que según su declaración hubo que utilizar en efecto vertederos distintos de la previsión inicial, pero se encontraban tan próximos al previsto que no debían apreciarse los gastos de transporte.

Los motivos quinto y sexto de casación de este recurso de la empresa contratista de obras, plantean ambas cuestiones relativas a como ha apreciado el Tribunal a quo la valoración de la prueba. De la Sentencia impugnada en cuanto al Fundamento de Derecho 6º.1 se insiste en el tema del coste del transporte propiamente dicho de material de excavación a vertedero. Respecto al Fundamento de Derecho 6º.2 se trata de la declaración de la Sentencia respecto a los tubos de hormigón empleados, en concreto la sustitución de tubos de fibrocemento por tubos de hormigón centrifugado con su hormigón de recubrimiento encofrado. Por lo que se refiere a la primera cuestión ya se han expuesto anteriormente los datos y elementos materiales o fácticos, y respecto a la segunda la Sentencia declara que la cantidad correspondiente debe abonarse separadamente y no incluirse en la liquidación de la obra. Aunque la argumentación mantenida en ambos motivos corre paralela, la fundamentación en derecho es diferente.

En el motivo quinto se alega infracción de los Arts. 1.243 del C. Civil y 632 de la L.E.C., sosteniéndose que se han infringido las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba. No se ignora que esta valoración no debe combatirse en un juicio casacional, pero se afirma que es así salvo en casos como este en el que se cita la infracción de las normas pertinentes. En el motivo sexto se alega infracción del Art. 1.204 del C. Civil en relación con los Arts. 1.281 y 1.282 del mismo cuerpo legal. Pero, como se ha dicho, en ambos motivos el razonamiento corre paralelo. Se trata de que se reproche a la Sentencia atenerse al informe del perito, el cual aplica según su propia interpretación artículos del Pliego de Condiciones, de modo que tanto el perito como la Sentencia incurren en error. Pues se mantiene en uno y otro motivo que no es correcto

en derecho apreciar que las actuaciones de la empresa eran en realidad de las previstas en el Pliego, ya que se entiende que tanto el transporte a vertedero como la sustitución de los tubos de hormigón eran actuaciones nuevas. De ahí que se invoque el precepto del C. Civil sobre la novación, y que se mantenga que por ello estaban fundadas las reclamaciones de la empresa sobre los extremos citados. Puesto que no lo apreció así, se considera que la Sentencia vulneró las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba. Pero entiende la Sala que procede desechar o no acoger uno y otro motivo. Debemos entender que el T.S.J., actuó correctamente, pues ya se ha dicho al ocuparse del motivo de casación anterior que fue conforme a derecho atenerse al dictamen del perito respecto al transporte de material de excavación a vertedero. No constituye infracción haberse atendido al dictamen pericial, aunque este se pronuncie sin deber hacerlo sobre la aplicación de las normas, pues lo que cuenta es la apreciación que haga el Tribunal, que puede atenerse al dictamen del perito o llevar a cabo su propia interpretación. Por lo demás no se advierte que sea contraria a derecho la declaración de la Sentencia de que las diferencias en cuanto a tubos de hormigón deban liquidarse separadamente. Por último considera esta Sala que propiamente hablando no puede entenderse que estemos ante una novación del contrato. Se trata en realidad de actuaciones necesarias para la realización de la obra contratada, aunque debieran sustituirse unos materiales por otros y aunque fuera necesario hacer operaciones complementarias.

El motivo séptimo y último se alega que la Sentencia ha infringido la jurisprudencia de este T.S. sobre el derecho del contratista al abono del precio convenido y la aplicación del principio de enriquecimiento injusto. En este motivo se está aludiendo también al Fundamento de Derecho 6º.2 de la Sentencia impugnada donde se hace la declaración correspondiente sobre la sustitución de los tubos de hormigón. Lo que se mantiene es que la modificación se hizo con pleno conocimiento de la dirección facultativa de la obra y de la Administración, y que si ésta no la aprobó en su momento fue porque no estaba previsto el indispensable crédito presupuestario. Por ello se afirma que, al no incluir en la liquidación el cómputo de la cantidad correspondiente, no se abonó el precio correcto y se produjo un enriquecimiento injusto de la Administración. Pero también procede desechar o no acoger este motivo. La empresa recurrente en este caso hace decir a la Sentencia lo que ésta no dice, pues lo que se declara por el Tribunal *a quo* no es que la empresa no tenga derecho al cobro por este concepto, sino que la cantidad en cuestión debe liquidarse separadamente.

En un asunto de 2004, se discute si nos encontramos ante un supuesto de suspensión de obras o de modificación de las mismas encuadrable en el Art. 150 del Reglamento de Contratación⁴⁶⁰. Dos son las razones que han determinado la estimación de la demanda

⁴⁶⁰ Ver S.T.S. de 3 de Noviembre de 2004, Ar.165 de 2005, Nº de Recurso: 5936/2000, Ponente: D. RODOLFO SOTO VAZQUEZ. La entidad mercantil "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." (en lo sucesivo FCC), interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución dictada por la Dirección General de Costas, con fecha 5 de Diciembre de 1.997, que desestimó parcialmente una reclamación de indemnización relativa a la paralización de draga y a la paralización de equipo de extendido y mano de obra, considerando únicamente como indemnizable los gastos ocasionados con motivo del montaje y desmontaje de tuberías, y tras los trámites pertinentes el citado recurso contencioso-administrativo terminó por Sentencia de 10 de Marzo de 2.000. El Abogado del Estado impugna la Sentencia de 10 de Marzo de 2.000, por infracción de los Arts. 49 y 50 de la derogada L.C.E.-texto

por la Sala de la Audiencia Nacional: A) Que en el caso debatido no nos encontramos ante un supuesto de suspensión de obras sino de modificación de las mismas encuadrable en el Art. 150 del R.G.C.E. ya que fue la Administración la que ordenó un imprevisto traslado desde la playa Caños de Meca a la de Fuente del Gallo, a la vista de la interrupción provocada en las obras ya iniciadas en la primera por la protesta encabezada por los ecologistas y vecinos del lugar, dando lugar al traslado de maquinaria y personal a Fuente del Gallo y al consiguiente y posterior retorno a Caños de Meca con los consiguientes gastos ocasionados por la paralización de dragado, de equipo de extendido y mano de obra, así como por montaje y desmontaje de tubería. Ha de tenerse en cuenta que las obras adjudicadas comprendían ambas playas como parte de la obra de realimentación de las playas de Cádiz; pero que estaba programada en primer lugar, e iniciada, la realimentación de la de Caños de Meca, que hubo de ser interrumpida y trasladado su equipamiento personal y material al otro lugar, a causa de la alteración de orden público sufrida y por expresa indicación de la Administración. B) Que con motivo de la reclamación presentada por FCC se efectuó una valoración contradictoria de los perjuicios ocasionados por el doble traslado verificado (en lugar de uno solo, como estaba previsto) llegándose al acuerdo entre los representantes de la Administración y la empresa constructora de que dichos perjuicios ascendían a la suma de 35.546.552 ptas., por los tres conceptos expresados en párrafos anteriores. Dicho acuerdo se plasmó en acta y la Demarcación de Costas de Andalucía propuso su aprobación, informándose ésta favorablemente por la Oficina de Supervisión de Proyectos y por el Director General de Costas con fecha 9 de Julio de 1.996. Sin embargo, sometida la propuesta al dictamen del Servicio Jurídico, éste propuso -y así fue acordado en definitiva en el acto impugnado- que únicamente habrían de indemnizarse los gastos ocasionados por el montaje y desmontaje de tuberías (3.268.372 ptas.), quedando excluidos los abonos por la paralización del dragado, equipo de extensión y mano de obra, puesto que no había concurrido ninguno de los supuestos de fuerza mayor, ni tampoco la suspensión de las obras ha excedido de la quinta parte del plazo temporal para su ejecución, con lo cual la única razón legal en que se podía basar la indemnización solicitada era la aplicación del Art. 44 de la Ley de Contratos de 1.965.

El T.S. considera que asiste la razón al representante de la Administración en lo que se refiere al encuadre efectuado en el Art. 150 del Reglamento de Contratación (Art. 50 del Decreto de 8 de Abril de 1.965) por la Sentencia de instancia. Los preceptos citados se refieren a la posible actividad de la Administración causante de la modificación de las condiciones en que el contrato haya sido celebrado, bien introduciendo alteraciones que den lugar a un aumento, reducción o supresión de las unidades de obra marcadas en el mismo, bien sustituyendo una clase de fábrica por otra; pero no contemplan supuestos como el presente, en el que lo ocurrido se reduce a la ejecución de una orden de traslado temporal y espacial -por circunstancias ocasionales- de las actividades de obra a desarrollar que procede de la misma Administración, orden cuyo cumplimiento conforme al Art. 44 del Decreto de 1.965 da lugar a alterar el orden de las que habían de ser ejecutadas, con los consiguientes gastos infligidos al contratista que no solamente

articulado aprobado por Decreto de 8 de Abril de 1.965 - y de los Arts. 148, 150, 133 y 136 del Reglamento de Contratación de 25 de Noviembre de 1.975 alegando, en síntesis, las erróneas consideraciones de la Sentencia de instancia efectuadas en el cuarto fundamento jurídico de la misma.

hubo de afrontar la paralización de actividad que supuso ese traslado, sino también el de retorno al punto original, una vez desaparecida la causa obstativa de la ejecución de los trabajos. Es más: los fundamentos jurídicos de orden material en que se basa la demanda no parten de la existencia de una modificación imputable a la Administración, sino de la correcta aplicación del Art. 44 del Decreto y 131 del Reglamento de su aplicación. En consecuencia no cabe sostener como fundamento de la estimación de dicha demanda la existencia de una modificación encuadrable en el Art. 150 de esta última disposición, y el motivo de casación debe ser acogido en cuanto a tal extremo⁴⁶¹.

En el Art.146.1 (Modificación del contrato de obras) de la L.C.A.P., de 1995 y del T.R.L.C.A.P., de 2000, se preveía lo siguiente: “Son obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que, con arreglo a lo establecido en el Art.102, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tiene derecho a reclamar indemnización alguna, sin perjuicio de lo establecido en el Art.149 e)”.

Con respecto a este precepto y su conexión con su apartado segundo hay que referirse a dos Sentencias de 2011 y 2013.

⁴⁶¹ Asumiendo por tanto la jurisdicción del juzgador de instancia para pronunciarnos sobre la cuestión debatida (Art. 95.2.d) de la Ley 29/98), es necesario efectuar las siguientes puntualizaciones: 1ª.- La cuestión a dilucidar tiene un estricto carácter jurídico y la discrepancia acerca de la cantidad a satisfacer en concepto de compensación por los gastos originados al contratista demandante como consecuencia del cumplimiento de la orden de la Administración no tiene carácter cuantitativo, sino simplemente conceptual. 2ª.- La discrepancia no nace, por lo tanto, de cualquier clase de cálculo erróneo en torno a los baremos utilizados para el cómputo de los conceptos "paralización de draga", de "equipo de extendido y mano de obra" y "montaje y desmontaje de tubos", sino de la consideración de que los dos primeros se imputan a una paralización de obra -no a un traslado no llegó a suspenderse durante el plazo fijado en el Art. 49 del Decreto de 1.965, desde el momento en solamente transcurrió un breve lapso de tiempo entre la suspensión acordada en la playa Caños de Meca y la reanudación en la llamada Fuente del Gallo que en ningún caso supuso exceso sobre la quinta parte del plazo otorgado para la realización total de la obra. Así planteado el problema, se impone el acoger la pretensión actora puesto que, como ya se reflejó en al acta de valoración contradictoria suscrita de conformidad por representantes del contratista y de la Administración, la cuantía imputada a los tres conceptos que en ella se comprenden se refiere, no a la suspensión de la obra -pese a que el término "paralización de la actividad" haya podido inducir a error en la emisión del dictamen de los Servicios Jurídicos- sino a los perjuicios ocasionados a la empresa adjudicataria como consecuencia de ese traslado imprevisto, originado por orden explícita de los organismos responsables de Costas. En efecto: no puede verse reducido el montante de tales perjuicios a la simple valoración del montaje y desmontaje de los tubos, que únicamente representa una fracción mínima del total concertado entre Costas y FCC, S.A cuando el traslado ordenado implicó la paralización de la obra de dragado y equipo de extendido y mano de obra durante un número apreciable de horas (104), con la consiguiente pérdida de productividad que hubo de soportar esta última. Y si bien es cierto que el Art. 136 del R.D. de 25 de Noviembre de 1.975, no permite entender concluido el expediente contradictorio, incoado para resolver las incidencias que surjan durante la ejecución de una obra, sin la emisión del dictamen a que se refiere el apartado 3º del mismo, también lo es que corresponde, en definitiva, a los Tribunales valorar los argumentos contenidos en el mismo y ponderar el alcance de la valoración contradictoria aprobada. Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada en los presentes autos por la Audiencia Nacional, que consiguientemente anulamos y dejamos sin efecto.

En 2011, hay que citar el caso CONTRATAS Y OBRAS EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.⁴⁶². La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 28 de Abril de 2010, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CONTRATOS Y OBRAS EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., contra la resolución de 30 de Julio de 2007, dictada por el Director General de la Agencia Tributaria, en virtud de la cual la Administración deniega aceptar la voluntad de la recurrente de no aceptar los precios fijados para el Proyecto Modificado de cimentación y estructura de las obras de construcción del nuevo edificio destinado a administración de la Agencia Tributaria en Vila-Nova i la Geltrú, por su disconformidad a Derecho". La Audiencia Nacional estimó el referido recurso señalando, en su Fundamento de Derecho cuarto, que: "... en nuestro caso concreto, ha resultado con toda evidencia de la prueba practicada y, muy particularmente de la pericial acordada a instancias de la parte actora, que existen unidades de obra y precios nuevos, tal y como por lo demás ya se indicara en el propio informe de la Dirección Facultativa de 10 de Julio de 2007, de tal manera que podemos afirmar que, en efecto, la modificación acordada por el órgano de contratación cae en el ámbito de aplicación del Art. 146.2 ... En efecto, decimos que la modificación implica unidades de obra no comprendidas en el proyecto y, por consiguiente, sus precios no pueden considerarse de obligada aceptación por el contratista por el solo hecho de haber asumido los precios del proyecto originario y la Administración no puede obligarle a aceptar si el contratista, como es el caso, ha manifestado su disconformidad con los precios de las nuevas unidades de obra, debiendo optar por contratarlas con otro empresario o, en su defecto, ejecutarlas directamente. La prueba practicada ha evidenciado que la cimentación y estructura necesarias para la construcción del edificio en cuestión estaba diseñada, en el proyecto originario e inicialmente adjudicado a la hoy actora, mediante unas formas de actuar que permitiesen sostener el empuje de las cimentaciones de los edificios vecinos pero, con arreglo al proyecto con equipos y materiales, digamos convencionales, es decir, empleados en la mayoría de las obras y trabajos de construcción (tales como maquinas retroexcavadoras, encofrados de tablero de madera, puntales o equipos de encofradores al uso). Y lo acontecido fue que tras la paralización de los trabajos a la espera de la realización de un nuevo proyecto nos encontramos ante la necesidad de cimentaciones especiales y, en suma, con la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto, tal y como ha quedado evidenciado en la prueba practicada, incluyendo el expreso reconocimiento de las modificaciones sustanciales por la propia Administración en el interrogatorio de parte llevado a cabo a instancias de la propia parte actora, al igual que el resultado del informe del perito Ingeniero de Caminos designado por esta Sala, que ha puesto de relieve paladinamente: - Que el Proyecto Modificado ha supuesto la introducción en el capítulo de Estructura y Cimentación de modificaciones sustanciales que le llevan a concluir: "En criterio de quien redacta este informe, en el Proyecto Modificado se definen nuevas unidades de obra distintas de las definidas inicialmente, cuyos procedimientos de ejecución son distintos de las obras definidas inicialmente, y que para su ejecución se requieren maquinaria y medios auxiliares distintos, siendo también distintos los riesgos laborales derivados de la ejecución de dichas unidades: entendiendo que para la ejecución de las nuevas unidades de obra deben contemplarse nuevos sistemas de prevención de accidentes. La clasificación del contratista de las obras definidas en el Proyecto

⁴⁶² Ver S.T.S., de 23 de Mayo de 2011, Nº de Recurso: 3684/2010, Ponente: D. JOSÉ DÍAZ DELGADO.

Modificado debería de ser, en el criterio de quien redacta este informe pericial, distinta de la clasificación del contratista de las obras del Proyecto Inicial, y que las obras de cimentación definidas en el Proyecto Modificado son totalmente diferentes de las definidas inicialmente y requieren de una especialización y de una maquinaria distintas.

Dicho de otra manera: para construir el edificio definido en el Proyecto Primitivo se requiere un Contratista calificado para hacer obras de edificación, siendo necesaria la calificación de especialista en cementaciones especiales para el Contratista que realice las cementaciones conforme se definen en el Proyecto Modificado." Resulta pues evidente que se trata de una modificación no comprendida en el contrato inicial, por lo que no puede aplicarse el Art. 146.1 como se pretende por el Abogado del Estado⁴⁶³ y sin que sea óbice para la aplicación, por el contrario, del Art. 146.2 L.C.A.P., el que la modificación haya sido llevada a cabo por motivos de interés público, porque lo que el Art. 146.2, exige es que las modificaciones supongan la introducción de unidades de obras nuevas o substancialmente diferentes de las contempladas en el proyecto inicial, en cuyo caso, el contratista queda exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra si no acepta los precios aprobados -como es el caso- y la Administración podrá contratarlas con otro empresario o ejecutarlas directamente, y todo ello con total independencia del importe económico de la modificación.

Explica el T.S., que el motivo de casación debe prosperar toda vez que la Sala comparte las infracciones que se atribuyen a la Sentencia de instancia. La modificación del contrato de obras viene regulada en el Art. 146.1, del Texto Refundido. El Art. 101.1, dispone por su parte que: "1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. No cabe duda que en el presente caso, según reconoce la Sentencia se dan estas últimas circunstancias, ante la aparición de daños causados por el sistema de cimentación prevista en el proyecto. Del Art.146.1, se desprende que las obras serán obligatorias para el contratista, todo ello sin perjuicio de la posibilidad prevista en el Art.149.e. que dispone que : " Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial". Es en este contexto en el que debe interpretarse el Art. 146.2, como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que

⁴⁶³ El Abogado del Estado, al amparo de lo dispuesto en el Art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, formula un único motivo de casación en el que denuncia la supuesta infracción cometida por la Sentencia recurrida de los Art. 146, apartados 1, 2 y 3 del T.R.L.C.A.P. Considera que el pronunciamiento contenido en aquélla, por el que se reconoce el derecho del contratista a la no ejecución de la obra supone, por un lado, la inaplicación de la regla general contenida en el apartado 1 del citado Art. que, con toda claridad, impone la obligatoriedad para el contratista de las modificaciones que se puedan producir en el contrato de obras y, por otro, la incorrecta interpretación de lo dispuesto en su apartado 2, ya que, según argumenta, lo que se establece en el mismo no es el derecho del contratista a la no ejecución sino la facultad de la Administración de encomendar la ejecución de las nuevas unidades de obra a un tercero o de ejecutarlas ella misma.

posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del Art.149.e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración.

En cuanto al asunto de 2013, la Sentencia recurrida, revoca el acuerdo de 26 de Julio de 2007, del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por el que se requería el reinicio de las obras con arreglo al proyecto modificado⁴⁶⁴, y declara

⁴⁶⁴ Ver S.T.S., de 4 de Febrero de 2013, 386/2013, Sección: 7, Nº de Recurso: 5461/2011, Ponente: D. JOSÉ DÍAZ DELGADO. Con fecha 29 de Diciembre de 2005, se acordó por el Órgano de Contratación adjudicar las obras de referencia a la empresa CONTRATAS Y OBRAS EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. A las pocas semanas desde el inicio de las obras, pudieron observarse las características de la cimentación de los edificios colindantes al ejecutar diversas catas en el terreno antes de acometer la ejecución de las obras de cimentación proyectadas, y tras comprobar que éstas últimas podían generar situaciones de riesgo, se decidió por la Dirección Facultativa solicitar autorización al Órgano de Contratación para proceder a la redacción de un Proyecto modificado que afectaría únicamente a la cimentación y estructura del edificio y que llevaría aparejada la suspensión temporal total de las obras recién iniciadas. Dicha autorización fue concedida el 5 de Septiembre de 2006 y se levantó acta de la suspensión de las obras el día 7 de Septiembre de 2006. El 19 de Abril el Subdirector General de Adquisiciones y Contratación acuerda remitir al contratista el proyecto (una vez emitido el informe de supervisión de proyectos firmado por la Arquitecto de la Hacienda Pública y la aprobación del proyecto por el Director Adjunto de Administración Económica) al objeto de que pueda presentar alegaciones en el plazo de 5 días. Dicho acto se notificó el 23 de Abril. La modificación supone un incremento del precio de adjudicación de 58.485,98 € sobre un precio inicial de 1.944.636,59 €. Asimismo el 19 de Abril de 2007, el Director Adjunto de Administración Económica autoriza a la Dirección Facultativa a proceder al levantamiento de la suspensión temporal total de 5 de Septiembre de 2006, dado que el 18 de Abril se había aprobado el proyecto modificado. La Dirección Facultativa convocó el 24 de Abril al contratista para la firma del acta de levantamiento de la suspensión temporal total y reinicio de las obras el 2 de mayo. El 27 de Abril presentó escrito de alegaciones en el que manifestaba su disconformidad con el proyecto modificado por los siguientes hechos: debido al tiempo transcurrido desde la adjudicación de las obras (29/12/2005) y a que las mismas llevan paralizadas más de ocho meses se ha visto truncado el equilibrio económico del contrato y por consiguiente la viabilidad del mismo citando al efecto los Art. 14.1 y 102.2 del T.R.L.C.A.P., solicitando que "ante estos inconvenientes, y en atención a los Art. citados, les solicitamos que se proceda a una revisión del contrato adjudicado que permita retomar el equilibrio económico del mismo". La Dirección Facultativa emite informe el 30 de Abril de 2007, indicando que no considera justificada la negativa al reinicio de las obras ya que el 18 de Abril de 2007, el órgano de contratación aprobó el proyecto modificado y en lo que se refiere a la pérdida del equilibrio económico del contrato en base al tiempo transcurrido desde la adjudicación del mismo la normativa de contratación ya contempla esta eventualidad estableciendo la aplicación de revisión de precios mediante la aplicación de la formula correspondiente, por lo que se mantiene la convocatoria para la firma el 2 de mayo. El 2 de mayo de 2007, se procede al levantamiento de la suspensión temporal total de las obras como consecuencia de la aprobación del proyecto modificado por el órgano de contratación acordando la reanudación de las obras siendo firmada en disconformidad por la empresa constructora. El 30 de Mayo, la Dirección Facultativa expone que el 22 de Mayo se convocó a contratistas y obras el miércoles 30 de Mayo para realizar visita de obras y que no se presentó el contratista adjudicatario, no pudiendo acceder al interior del local al estar cerrada la puerta. Se procede a dar instrucciones para la adecuada ejecución de los trabajos reanudados y que consisten en: 1. Se ordena iniciar los trabajos relativos a la ejecución del muro de contención de la zona posterior del patio de acuerdo con el plano que se adjunta. 2. Se ordena iniciar los trabajos relativos a la ejecución de zapatas de cimentación de la zona posterior del patio.

que la modificación acordada es incardinable en el Art. 146.2 del T.R.L.C.A.P/2000, que faculta al contratista para no aceptar los precios fijados en la modificación cuando se introduzcan unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de las comprendidas en el mismo. Sostiene la Sentencia recurrida que no es de aplicación el Art. 146.1, citado en base al siguiente razonamiento: "...La prueba practicada ha evidenciado que la cimentación y estructura necesarias para la construcción del edificio en cuestión estaba diseñada, en el proyecto originario e inicialmente adjudicado a la hoy actora, mediante unas formas de actuar que permitiesen sostener el empuje de las cimentaciones de los edificios vecinos pero, con arreglo al proyecto con equipos y materiales, digamos, convencionales, es decir, empleados en la mayoría de las obras y trabajos de construcción (tales como máquinas retroexcavadoras, encofrados de tablero de madera, puntales o equipos de encofradores al uso). Y lo acontecido fue que tras la paralización de los trabajos a la espera de la realización de un nuevo proyecto nos encontramos ante la necesidad de cimentaciones especiales y, en suma, con la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto, tal y como ha quedado evidenciado en la prueba practicada, incluyendo el expreso reconocimiento de las modificaciones sustanciales por la propia Administración en el interrogatorio de parte llevado a cabo a instancias de la propia parte actora, al igual que el resultado del informe del perito Ingeniero de Caminos designado por esta Sala, que ha puesto de relieve paladinamente: -Que el Proyecto Modificado ha supuesto la introducción en el capítulo de Estructura y Cimentación de modificaciones sustanciales que le llevan a concluir: "En criterio de quien redacta este informe, en el Proyecto Modificado se definen nuevas unidades de obra distintas de las definidas inicialmente,

Igualmente se ordena realizar los preparativos necesarios para la ejecución de la solera correspondiente. 3. Se solicita aporten a la Dirección Facultativa el proyecto definitivo de implantación de grúa. Dicho acto se notificó a la empresa el 31 de mayo y se reiteró el 6 de Junio de 2007. El 25 de Mayo de 2007, el Director Adjunto de Administración Económica acuerda la modificación del contrato con un incremento de su importe en 58.485,98 € que resultaba de la modificación del proyecto en función de las nuevas circunstancias de hecho que ponen de manifiesto dificultades para la ejecución de la cimentación prevista. El 26 de Junio, de 2007, la Dirección Facultativa realiza propuesta para el inicio del expediente de resolución del contrato de obras ya que en la fecha en que se emite el citado informe no se han reanudado los trabajos de acuerdo con las órdenes de la Dirección facultativa. El 26 de Junio de 2007, presenta escrito en el que manifiesta no aceptar los precios fijados para el proyecto modificado de cimentación y estructura al tratarse de una modificación del contrato con introducción de unidades de obra no contempladas en el proyecto inicial, por lo que conforme al Art. 146.2 manifiesta su intención de no ejecutar la parte de la obra referida a esas partidas para que el órgano de contratación adopte las medidas oportunas para la continuación de la ejecución del contrato. El 26 de Julio de 2007, el Director General de la Agencia Estatal de la Administración tributaria acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de modificación contractual acordado por el órgano de contratación el 25 de Mayo de 2007, rechazando la pretensión de que en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 146 T.R.L.C.A.P., y respetando su voluntad de no aceptar los nuevos precios fijados para el proyecto modificado se adopten las medidas oportunas para la continuación del contrato suscrito. Contra dicho acto interpuso recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional. El 31 de Julio de 2007, se abre el plazo de audiencia en el procedimiento de resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el Art. 109 del R.G.L.C.A.P.,(Real Decreto 1098/2001 de 12 de Octubre). Tras la presentación de alegaciones y recibido el informe del Servicio Jurídico y del Consejo de Estado se acuerda el 17 de Enero de 2008, por el Director del Servicio de Gestión Económica resolver el contrato con incautación de garantía siendo esta la resolución recurrida. El 24 de Abril de 2008, la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución de 17 de Enero de 2008, del Director del Servicio de Gestión Económica de la Agencia Tributaria que acuerda resolver el contrato de construcción de edificio para la Administración de la Agencia Tributaria de Vilanova i La Geltru (Barcelona) con incautación de la garantía que se anula.

cuyos procedimientos de ejecución son distintos de las obras definidas inicialmente y que para su ejecución se requieren maquinaria y medios auxiliares distintos, siendo también distintos los riesgos laborales derivados de la ejecución de dichas unidades, entendiéndose que para la ejecución de las nuevas unidades de obra deben contemplarse nuevos sistemas de prevención de accidentes. La clasificación del contratista de las obras definidas en el Proyecto Modificado debería de ser, en el criterio de quien redacta este informe pericial, distinta de la clasificación del contratista de las obras del Proyecto inicial, y que las obras de cimentación definidas en el Proyecto Modificado son totalmente diferentes de las definidas inicialmente y requieren de una especialización y de una maquinaria distintas. Dicho de otra manera: para construir el edificio definido en el Proyecto Primitivo se requiere un Contratista calificado para hacer obras de edificación, siendo necesaria la calificación de especialista en cementaciones especiales para el Contratista que realice las cementaciones conforme se definen en el Proyecto Modificado". Sostiene igualmente la Sentencia recurrida que, atendido que el adjudicatario podía oponerse a la ejecución del proyecto modificado, no se puede considerar causa de resolución del contrato, el hecho de que, aprobado el modificado y levantada la suspensión, no reiniciase los trabajos conforme a las instrucciones recibidas por la dirección facultativa, ni prestase la garantía complementaria correspondiente o firmase el contrato. Pues bien, apoyándose la Sentencia recurrida en la Sentencia anterior de 28 de Abril de 2010, es preciso recordar que esta Sentencia fue recurrida en casación y que dicho recurso ha sido estimado por Sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 23 de Mayo de 2011 (recurso de casación 3684/2010), que estima el único motivo de casación planteado por el Abogado del Estado en base al Art. 88.1.d) L.J.C.A., por infracción del Art. 146.1, 2 y 3 T.R.L.C.A.P./2000, ya que la Sentencia de instancia: a) No aplica el apartado 1 del precepto legal citado que impone la obligatoriedad de las modificaciones del contrato de obras. b) Interpreta incorrectamente el apartado 2 del citado precepto legal que no recoge derecho del contratista a no ejecutar, sino la facultad de la Administración de ejecutar las obras por sí misma o encomendárselas a un tercero.

El T.S. recoge la doctrina de la S.T.S., de 23 de Mayo de 2011, que acabamos de citar antes. El T.S., señala que la aplicación de la Sentencia antes citada hace que deba darse lugar al recurso de casación, pues ajustándose a derecho el proyecto modificado, y quedando probado en autos de instancia que la contratista se negó a ejecutarlo, y no prestó la garantía complementaria ni firmo el contrato, es evidente que concurre la causa de resolución prevista en el Art. 111.g) del T.R.L.C.A.P., al haber incumplido el contratista sus obligaciones esenciales, y en consecuencia ha de desestimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

En relación con el concepto de modificación cuando lo que se produce es a la vez un incremento y supresión de obra es muy interesante el Dictamen 1819/2002, del Consejo de Estado de 26 de Septiembre de 2002⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵Versa el presente expediente sobre una posible resolución de un contrato administrativo de obras. Teniendo en cuenta tanto la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de Junio (BOE de 21 de Junio) por el que se aprueba el texto refundido de la L.C.A.P., como la fecha de adjudicación del contrato resulta de aplicación al procedimiento y a las cuestiones que el mismo suscita la Ley 13/1995 de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

El objeto del contrato es ejecutar una obra que se ajuste al proyecto correspondiente. Todo proyecto deberá "definir con precisión el objeto del contrato" (Art. 122 de la Ley 13/1995) para lo cual comprenderá "los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida". De lo actuado resultan datos que evidencian que el proyecto de la obra de "Remodelación del Polideportivo Municipal de Collado-Mediano" no era adecuado a las condiciones del suelo sobre el que debía erigirse. No enerva esta conclusión el hecho de que no se recogiera observación alguna a la ejecución de las obras según proyecto en el acta de comprobación del replanteo. Cuando unos días después se toman en cuenta esas condiciones se introducen modificaciones que incluyen construir una nueva red de saneamiento en vestuarios y el redimensionamiento de la cimentación existente⁴⁶⁶. El Ayuntamiento ha entendido

⁴⁶⁶El 3 de Julio de 2000, el Ayuntamiento de Collado-Mediano y una empresa suscribieron un contrato relativo a las obras de "Remodelación del Polideportivo Municipal" por un precio de 55.862.719 ptas., I.V.A., incluido y plazo de ejecución de 5 meses, que debía llevarse a cabo de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares que forma parte del contrato de referencia. El 2 de Agosto de 2000, se levanta el acta de comprobación de replanteo en la que se hace constar la viabilidad de las obras y que no existen impedimentos o servidumbres aparentes no consideradas en el proyecto que puedan afectar a la ejecución de las obras. El 21 de Agosto siguiente, presenta escrito en el Ayuntamiento expresando que en el curso de la ejecución de las obras ha surgido la necesidad de realizar cambios que suponen modificaciones del proyecto, siendo las más relevantes las siguientes: - "Modificación de la cimentación prevista en el proyecto para adaptarla a la medianería existente con el polideportivo". - "Nueva red de saneamientos en vestuarios". - "Modificación y traslado de servicios afectados existentes en el solar (condiciones de agua, saneamiento, manantial y línea de baja tensión)". Considera que procede aprobar un reformado siguiendo los trámites previstos en el Art. 146 del T.R.L.C.A.P. Entiende, además, que debe procederse a la suspensión de las obras en tanto no se tramite y apruebe el reformado en cuestión. En Febrero de 2001, la Dirección Facultativa informa lo siguiente: Que durante el transcurso de la obra han surgido nuevas unidades de obra ocasionadas por la aparición de redes de servicios que afectan a la ejecución de la sala especializada y la remodelación de los vestuarios tales como: "Conducciones de agua y red de saneamiento del pabellón existente, línea de baja tensión que atraviesa longitudinalmente el solar y manantial que ha anegado el terreno del mismo y que ha ocasionado la revisión del dimensionado y calado de la cimentación proyectada inicialmente". "Por otro lado, ha sido preciso construir una nueva red de saneamiento de los vestuarios del pabellón, objeto de remodelación, dada la exigencia de los diámetros existentes y su grado de deterioro, así como incorporar algunas mejoras de calefacción para cumplir lo estipulado en la normativa vigente". Añade que estas circunstancias han ocasionado frecuentes paralizaciones de las obras por parte de la empresa adjudicataria "no siempre justificables", para estudiar las medidas a seguir. Procede luego a expresar que, "considerando la imposibilidad de incorporar nuevas partidas presupuestarias, se propone no ejecutar la actuación de la zona norte del pabellón independiente de la remodelación principal que contempla el proyecto (vestuarios y sala especializada), para compensar los incrementos de obra producidos por las mencionadas circunstancias". Considera que la valoración ofrecida a las modificaciones no son adecuadas, por lo que procede a realizar una valoración alternativa que, dice, no ha sido aceptada por la empresa en escrito de 23 de Febrero de 2001. El 23 de Marzo del 2001, el Alcalde resuelve denegar la suspensión de las obras solicitada y "recordar al contratista las consecuencias que se podrían derivar de la resolución del contrato: suspensión de la clasificación a que se refiere el capítulo II del R.D.L. 2/2000". El 3 de Abril de 2001, la empresa presenta nuevo escrito en el que manifiesta lo siguiente: En primer lugar, que existen precios contradictorios pendientes de aceptación por la Dirección Facultativa, entre otros, demolición de tabiques de hueco sencillo, picado de roca de saneamiento y acotamiento de aguas en zapatas. Por otra parte, alega que "la petición que se formuló ante esa Alcaldía para regularizar el expediente de esas obras con la aprobación técnica y económica del modificado, no debió haberse soslayado en la resolución que se nos ha notificado (la de 23 de Marzo anterior)". Concluye en suplica que se dé por interpuesto recurso de reposición contra el acuerdo de 23 de Marzo anterior y que, con revocación del mismo, se resuelva en el sentido solicitado por el contratista en su escrito de 23 de Febrero previo. El 5 de Abril de 2001, presenta nuevo escrito expresando que se encuentran pendientes de pago en ese momento las certificaciones 4 y 5 correspondientes, respectivamente, a los meses de Diciembre del año 2000 y Enero de 2001. Tras invocar el Art. 100 de la

L.C.A.P, solicita que el Ayuntamiento se dé por notificado de dichas circunstancias a fin de proceder a la suspensión de las obras. El 16 de Abril de 2001, la Dirección Facultativa propone que "continúen provisionalmente las obras con base en la propuesta técnica valorada realizada por esta Dirección de la que la empresa constructora tiene conocimiento desde el mes de Febrero pasado, dado que no existe incremento presupuestario de las obras al suprimirse unidades de obra del proyecto inicial que compensan las nuevas aparecidas durante el transcurso". El 18 de Abril de 2001, la Comisión de Gobierno resuelve desestimar el recurso previamente presentado por la empresa contratista contra la resolución del Alcalde de 23 de Marzo de 2001. El 1 de Junio de 2001, presenta nuevo escrito de alegaciones sobre la propuesta de continuar provisionalmente las obras formulada por la Dirección Facultativa. En relación con este punto manifiesta: En primer lugar, que se produce "un nuevo elemento de confusión en el expediente ya que lo que recibió esta empresa el mes de Febrero de 2000, fue una simple relación de precios contradictorios que no fueron aceptados por esta empresa, ya que modificaba los que la misma Dirección había propuesto con anterioridad y habían sido aceptados por nuestra parte". Por otro lado, entiende que la propuesta técnica exige la tramitación de un expediente al efecto. "Dicha propuesta técnica que, además de ser motivada y en la que figurará el importe aproximado de la modificación, así como la descripción básica de las obras a realizar, exige como trámites posteriores la audiencia del contratista, la conformidad del órgano de contratación y la incorporación del certificado de existencia de crédito". Recuerda lo dispuesto en la cláusula 62 del P.C.G.A., de Contratación de Obras del Estado sobre que ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente. El 6 de Septiembre de 2001, informa la Dirección Facultativa indicando que las obras están paralizadas por decisión unilateral de la empresa adjudicataria y que se hace necesaria la resolución del contrato. Para ello realiza una valoración de las partidas no realizadas de acuerdo con el proyecto, así como de las unidades de obra ejecutadas que no están contratadas en el proyecto y que ha sido necesario realizar por las razones técnicas ya justificadas según la valoración realizada por la Dirección Facultativa en Febrero de 2001. El 12 de Septiembre de 2001, el Pleno del Ayuntamiento resolvió incoar expediente para la resolución del contrato de "Remodelación y Ampliación del Polideportivo Municipal", así como conceder audiencia al contratista y, caso de formularse oposición, se solicitase el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. El 1 de Octubre siguiente, la empresa presenta escrito formulando su oposición al acuerdo de incoación del expediente de resolución, negando que se encuentre en mora y reiterando la necesidad de tramitar y aprobar un modificado por las razones expuestas en otros escritos previos. Aporta una serie de documentos anejos incluyendo una relación valorada de las nuevas obras a realizar. Así mismo adjunta copias de las Actas de Obra números 1 y 3 de las que resulta lo siguiente: El Acta de Obra número 1 constata cómo "la cimentación del edificio impide la realización de la cimentación de las ampliaciones según planos. La Dirección Facultativa solicita las cotas y dimensiones de la cimentación existente para realizar un nuevo plano de cimentación". En el Acta de Obra número 3 se consigna que "se sigue efectuando la nueva red de saneamiento, y se han realizado el resto de los desvíos". En relación con los trabajos de ejecución de la sala especializada se toman las siguientes decisiones: - "Se profundizará la excavación de zapatas hasta llegar al firme del terreno, rellenándose posteriormente con hormigón de limpieza". - "Se respetará el tubo de la red de saneamiento del pabellón existente, que pasará a través del hormigón de limpieza de las zapatas". El 10 de Octubre de 2001, el Pleno del Ayuntamiento resuelve que sea elevado al Consejo de Estado el expediente, por haberse formulado oposición del contratista a la resolución del mismo. Remitido el expediente al Consejo de Estado, formuló solicitud de audiencia, siendo notificada la concesión de audiencia el 30 de Noviembre de 2001. El 20 del siguiente mes de Diciembre se registra de entrada escrito de la empresa en el que se formulan las siguientes alegaciones. Cita, en primer lugar, el Art. 60 de la L.C.A.P recordando que el poder de modificación "debe ejercitarse dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la citada Ley". Entiende que "la Administración no puede variar el contrato fuera o al margen de las coordenadas, tanto formales como sustantivas, que la normativa le marca pues de otra forma la modificación sería irregular". Considera que la confirmación de este criterio la consagra el Art. 101 del texto refundido de la L.C.A.P al establecer que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas justificándolo debidamente en el expediente. Trae a colación el dictamen del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1983, recaído en el expediente 45.238, de acuerdo con el cual, el principio de seriedad de los contratos impide una modificación arbitraria a voluntad de una de las partes, de ahí que el *ius variandi* de la propia Administración se configura realmente de un modo limitado o restringido. Procede, luego, a

(siguiendo el criterio de la Dirección Facultativa) que propiamente no existe modificación del contrato en sentido técnico jurídico (necesidad de justificar la modificación y tramitar un expediente al efecto cuya resolución corresponde al órgano de contratación) ya que el importe total del presupuesto no se altera. El informe de 16 de Abril de 2001, (recogido en el apartado "Séptimo" de antecedentes) en efecto expresa claramente este parecer al decir que la ejecución del contrato puede continuar "dado que no existe incremento presupuestario de las obras al suprimirse unidades de obra del proyecto inicial que compensan las nuevas aparecidas durante el transcurso". El Art. 146.1 de la L.C.A.P., considera de ejecución obligatoria para el contratista las modificaciones en el contrato que "produzcan aumento reducción o supresión de unidad de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato". Ahora bien cuando las modificaciones supongan "introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características defieran sustancialmente de ellas" el Art. 146.2, exige que se abra un procedimiento en el que la Administración fije los precios de aplicación a las nuevas obras los cuales han de ser aceptados por el contratista. El hecho de que además conlleve o no la necesidad de redactar un proyecto reformado, dependerá de la entidad en lo que resulta alterado. Con carácter general sin embargo la ausencia de un reformado no obsta a la calificación técnica de modificación a la introducción de unidades nuevas no comprendidas en el proyecto original o cuyas características defieran sustancialmente de las previstas en aquél de modo que también será necesario que la Administración titular de la obra las apruebe. Únicamente cuando se trate de cambios "que afecten al número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubriciones del proyecto" podrá ordenarlas directamente el Director de la obra siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato (Cláusula 62 del P.C.G.A. para la Contratación de Obras de Estado aprobado

recordar los trámites preceptivos que debe seguir la Administración a la hora de proceder a aprobar un modificado, consistentes en solicitud de la Dirección Facultativa, redacción del proyecto y aprobación del mismo, audiencia del contratista por un plazo mínimo de 3 días, aprobación del expediente por el órgano de contratación y aprobación, en su caso, de los créditos complementarios que sean precisos. Ninguno de esos trámites entiende que han sido cumplidos en el presente caso. Finalmente, resalta el párrafo final del escrito de la Dirección Facultativa de 16 de Abril de 2001, en el que manifiesta su propósito de "recoger posteriormente en un documento todas las modificaciones ya conocidas y explicadas en el mencionado informe valorado". En cumplimiento de lo requerido por el Consejo de Estado, el Alcalde formuló propuesta de resolución, sin fecha, favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con indemnización de daños y perjuicios e incautación de la fianza. Propone, además, considerar como válida la valoración efectuada por la Dirección Facultativa de la obra sobre los trabajos ejecutados por la empresa adjudicataria y que sirva para proceder a la liquidación correspondiente. El 1 de Marzo de 2002, la empresa formula escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, en el que se consignan las siguientes: En primer lugar, se impugna la manifestación incluida en los antecedentes de la propuesta de resolución de que fue aprobada la modificación del proyecto adicional ya que, precisamente, es lo que la empresa ha venido reiteradamente reclamando. Destaca que los cambios introducidos en el proyecto con aprobación de precios contradictorios no se produce hasta el 30 de Octubre de 2000, casi tres meses después de levantarse el acta de comprobación del replanteo. Expresa, luego, que el carácter de las modificaciones afectaba a lo que denomina "el camino crítico" de la obra, lo que producía la necesidad fáctica de suspender las obras. Considera que se ha producido una evidente resistencia a la aprobación técnica y económica del modificado, con previa redacción del correspondiente proyecto. Debido probablemente a razones de índole presupuestaria lo que se ha producido "ha sido el intento de una acomodación -realmente difícil- de unidades contratadas, suprimidas y nuevas, para obtener un resultado económico que convenía a la Administración al margen del procedimiento a seguir legalmente previsto ante la necesidad de modificar las obras".

por Decreto 3854/1970 de 31 de Diciembre). La potestad definida en la Cláusula 62 citada constituye excepción al régimen jurídico general de las modificaciones contractuales y como tal de aplicación estricta. No cabe presumir (ni existe dato alguno en el expediente que lo justifique) que el supuesto de la Cláusula 62 se produjo en la ejecución del contrato considerado. La Administración municipal no fundamenta (ni siquiera implícitamente) su proceder en esta excepción sino que vincula la ausencia de modificación (en sentido técnico) con el efecto presupuestario neutral de dos alteraciones de signo opuesto: introducción y supresión de unidades de obra. Si bien resulta legítimo saldar por compensación partidas de signo inverso a la hora de liquidar una obra no lo es cuando se trata de definir con precisión un proyecto. Desde esta última perspectiva de definición del objeto de un contrato (a través de las precisiones correspondientes al proyecto a ejecutar) la presencia de partidas compensables en la liquidación no anula sino que por el contrario multiplica la existencia de modificaciones contractuales que como tales requieren la aprobación por parte del órgano de contratación. Podría debatirse si las modificaciones en cuestión requerirán por su entidad la tramitación y resolución de un expediente de modificación formalizado observando los trámites del Art.146.3 de la L.C.A.P., e incluso los del apartado 4 siguiente, si conviene decretar que continúe provisionalmente la ejecución de las obras mientras se sustancia el expediente de modificación. De lo que no existe duda alguna es que como mínimo absoluto se debieron cumplir los trámites del apartado 1 del mismo artículo los cuales exigen la aceptación por el contratista de los precios aplicables que la Administración proponga (a propuesta del Director y a la vista de las observaciones del contratista) y aprobación por la Administración. En el supuesto de que no se acepten los precios ofertados por el contratista la Administración podrá contratar las obras con otro empresario en los mismos precios que hubiere fijado o ejecutarlas directamente. Durante el periodo en que se discuten estas acciones (que se inicia formalmente en virtud de escrito del contratista de 21 de Agosto de 2000) las únicas resoluciones de la Administración titular con constancia en el expediente son la resolución de la Alcaldía de 23 de Marzo de 2001, advirtiendo sobre las consecuencias derivadas de un incumplimiento contractual y la resolución de la Comisión de Gobierno de 18 de Abril de 2001, por la que se desestima un recurso de reposición interpuesto contra la denegación de suspensión de la ejecución de las obras. Fuera de los procedimientos de modificación anteriormente descritos, no cabe introducir modificaciones en el objeto del contrato, de modo que no es lícito imputar incumplimiento culpable a la empresa por no ejecutar el contrato cuyo objeto ha sido alterado sin seguir los procedimientos legalmente establecidos para ello. Corolario de lo anterior es que tampoco cabe imputar al contratista la responsabilidad por las paralizaciones en los ritmos de actividad y las consiguientes demoras en el cumplimiento del plazo total. Llegados a este punto, conviene reiterar que no cabe apreciar el incumplimiento culpable del contrato que se imputa al contratista ni procede resolver el contrato por ello. Sí parece deducirse, en cambio, que las relaciones entre las partes del contrato se han deteriorado de tal modo que pudiera convenir al interés público que se resuelva el vínculo que las une. El hecho de que no quepa imputar incumplimiento culpable al contratista unido a las difíciles relaciones entre las partes que parecen aconsejar que el contrato no perviva, permitiría, si fuera la voluntad del Ayuntamiento de Collado-Mediano, incoar expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, por concurrir, en principio, las circunstancias previstas en el Art. 113.4 de la L.C.A.P.

7.4. La cuestión de los precios (el Art. 234.2 T.R.L.C.S.P.).

7.4.1. La aplicación en la legislación anterior.

El Art.150.2 del Reglamento de 1975, establecía que cuando las modificaciones del proyecto supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características defieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación a las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director de las Obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en el trámite de audiencia. Si éste no aceptase los precios aprobados quedará exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra y la Administración podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente⁴⁶⁷.

A la hora de aplicar el Art.150.2 lo determinante es saber cuándo nos encontramos con una unidad de obra no comprendida en la contrata o cuyas características difieran sustancialmente. En la práctica se observa la tendencia de los contratistas a tratar de descubrir esa novedad frente a la política de la Administración consistente en poner freno a una proliferación de unidades nuevas.

No es desde luego esto una tarea fácil porque, aparte de las cuestiones interpretativas a las que no escapa ninguna técnica, se une el hecho de que la propia normativa manejaba supuestos alternativos que podían prestar a confusión (véase Cláusula 51 del Pliego).

En cuanto al tema de la fijación de los precios contradictorios fue objeto de discusión si se debía tener en cuenta la posible baja sobre la oferta inicial que hiciese el contratista. Esta cuestión fue resuelta en una Sentencia de 1985⁴⁶⁸. Por el contratista sostiene, que esa deducción debe realizarse con respecto a las obras contempladas en el

⁴⁶⁷ Memoria del Consejo de Estado de 2004, se señala que en reiteradas ocasiones ha afirmado que es necesario diferenciar en materia de modificaciones de contratos administrativos entre la modificación del proyecto, de índole meramente técnica, y la modificación del contrato que, por su carácter sustancial, implica una novación de la relación contractual.

⁴⁶⁸ S.T.S. de 5 Julio 1985, Ar.3605, Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino Gutiérrez de Juana. El Ayuntamiento de Laviana acordó en 28 de Enero de 1982, aprobar la liquidación de las obras de construcción del mercado de ganados de Pola por un importe de 23.929.851 ptas. Interpuesto recurso por el contratista la Sala de la Audiencia Territorial de Oviedo, en Sentencia de 9 de Mayo de 1983, lo estima en parte declarando que la liquidación final de dichas obras asciende a la cantidad de 25.395.885 ptas. Que por la parte actora se funda su pretensión en el hecho de que la liquidación final que arrojó el resultado que ha quedado expuesto en el considerando que antecede, es inferior al importe que fue reconocido en las nueve certificaciones parciales de obra que fueron expedidas en su día por el arquitecto municipal, pero si bien este hecho es cierto, no lo es menos que, como se indica en el escrito de contestación a la demanda, tales certificaciones parciales no tienen otro objeto que el de servir de base a los abonos que al contratista se hacen en concepto de pagos a buena cuenta, que se encuentran sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, que es la que ha dado lugar a la liquidación que se impugna y cuyo resultado debe estimarse, en principio, que es el que responde a la realidad, criterio el expuesto que tiene su apoyo legal en lo prevenido en el párrafo tercero del Art.142 de la L.C.E.de aplicación supletoria por disposición de la regla primera del Art.109 del Texto articulado parcial de la Ley 41/1975 (R.C.L 1975\2334; R.C.L 1976\2277) de Bases del Estatuto de Régimen Local; ahora bien, a esa liquidación final se llega descontando del importe total de las obras ejecutadas, más el quince por ciento del beneficio industrial, el 10,798% de baja en subasta.

proyecto inicial, pero no en lo que atañe a los aumentos de obra introducidos con posterioridad a la adjudicación de la subasta. El Supremo estima que así es en efecto, pues cuando la Administración, como en el presente caso ocurre, ha hecho uso del *ius variandi*, modificando el objeto del contrato, debe compensar al contratista por todas las consecuencias económicas de dicha modificación, en principio reconocido sin reservas en nuestro ordenamiento y doctrina jurisprudencial -Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1978, (R.J. 1978\1164) y 13 de Abril de 1981 (R.J. 1981\1840)- y que se plasma de forma plena en el Art.127.2.del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (R.C.L 1956\85), sin que por lo tanto pueda admitirse una baja prevista solamente para las obras comprendidas en el contrato inicial, ya que para el supuesto de aumento de unidades de obra, el Art. 150 del R.G.C.E. (R.C.L 1968\209, 483) prevé la fijación de nuevos precios en forma contradictoria, es decir, con audiencia del contratista, y siendo así, resulta obligado en este punto estimar la pretensión deducida, sin hacer deducción alguna en las partidas señaladas bajo los números 6, 77, 91, 95, 96, 99, 101, 103, 107, 111, 113, 114, y 121 de la liquidación final, lo que supone que el importe de las referidas partidas es, salvo error aritmético, de 4.792.062 en lugar de 4.279.110 ptas., que figuran en la liquidación, por lo que debe abonarse al recurrente por este concepto, sobre la cantidad reconocida, la suma de 512.952 ptas.

Ya en la década de los noventa es interesante un caso de 1995⁴⁶⁹. Se impugna, mediante este recurso de apelación, interpuesto por la Procuradora doña María Luisa A. P., actuando en nombre y representación de «Cubiertas y MZOV, SA», la Sentencia de 25 Enero 1991, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y por virtud de la cual se desestimó la demanda interpuesta por la demandante-apelante contra el Ministerio de Justicia en concepto de reclamación por daños y perjuicios en la ejecución de las Obras de Construcción de un Centro Penitenciario en Daroca (Zaragoza). La apelante fundamenta la petición de indemnización en que la realidad geológica de los terrenos sobre los que se levantó la construcción fue distinta a la que reflejaban los estudios previos que sirvieron de base a los proyectos de obras, ello incidió en una mayor duración de las obras, lo que implicó un coste mayor a la reclamante; se añade que la modificación e incremento de volumen de obra se ha realizado a precios originarios, al estar excluida la revisión de precios, lo que ha constituido un evidente perjuicio. Con respecto al primero de los puntos expuestos, el de la composición del terreno sobre el que se levantó la obra de la que se pretende derivar la indemnización que se reclama, así como la relevancia de su incidencia contractual, hay que decir que tal circunstancia no ha sido objeto de la prueba necesaria, lo que ya puso de relieve la Sentencia de instancia y se esgrime en el escrito de alegaciones, evacuado en esta apelación por el Abogado del Estado. La prueba de dicho hecho, y de su relevancia en la ejecución de las obras, es un hecho constitutivo de la pretensión del actor, y a él corresponde la prueba de su existencia a tenor del Art. 1.214 del C.Civil. Por lo que hace a las modificaciones de obra llevadas a cabo por la Administración hay que precisar que tales modificaciones fueran aceptadas por el contratista, quien pudo hacer uso de la facultad que le confiere el Art. 150.2 del R.G.C.E. para no «ejecutar las nuevas unidades de obra». Al aceptar la ejecución, en su momento, admitió que en ella no podía fundamentar una revisión de precios, que estaba

⁴⁶⁹ Ver S.T.S., de 24 de Octubre de 1995, Ar.7879, Recurso núm. 4048/1991, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero.

excluida en el contrato primitivo, y que tales modificaciones no constituirían un supuesto de riesgo imprevisible, ni un supuesto de *factum principis* del que se derivara derecho a indemnización para el contratista. Precisamente estas modificaciones del proyecto primitivo, aprobadas y aceptadas (al menos tácitamente por el contratista) justifican una mayor duración de las obras inicialmente proyectadas, y sin que de esta mayor duración se pueda pretender derecho a indemnización, pues el contratista aceptó la realización, el precio pagado por ellas y la mayor duración que la realización comportaba, respecto al plazo inicialmente establecido. De lo razonado se deduce la necesidad de desestimar el recurso.

El caso de la Presa de Alba da lugar a una interesante jurisprudencia. El asunto se presenta relativo al proyecto de modificación definitivo del proyecto de obra de la presa de Alba para abastecimiento de La Bureba. La Comisión de Gobierno de la Diputación Provincial de Burgos de 16 de Diciembre de 1993, acuerda adjudicar la obra de construcción de la Presa de Alba, a la U.T.E Presalba, con un presupuesto de 739.400.000 ptas., y un plazo de ejecución de 12 meses con remisión al Proyecto aprobado por aquel ente local el 22 de Julio de 1993. La obra comienza en 1994, con numerosos problemas de ejecución que impedía el ajuste, tanto respecto del Proyecto, como del plazo pactado, citándose en este sentido, los incrementos de volumen de obra a consecuencia de la dificultad en encontrar firme para la cimentación, circunstancia del todo imprevisible por el carácter relativo de los estudios geológicos previos. La modificación en el proceso de hormigonado, a consecuencia de las alteraciones en la utilización de áridos; la falta de obtención del permiso gubernativo para el uso de explosivos y las modificaciones añadidas al diseño inicial como las que afectaban a los desagües de fondo, nueva disposición de junta, tacones en bloques y muros mampostería, de desvío del río, inyecciones, extracción de testigos, pruebas de permeabilidad, circunstancias todas ellas que advertidas por la Administración contratante dieron lugar a una prórroga provisional del plazo de ejecución que fue aprobado el 16 de Febrero de 1995, hasta el 31 de Marzo de 1995⁴⁷⁰. El modificado definitivo del proyecto de construcción de la presa absorbió el previo modificado provisional y que ambos introdujeron profundas alteraciones en el proyecto inicial que afectaron a la mayoría de las unidades de obra realmente utilizadas y afecta a la mayoría de las unidades de obra realmente utilizadas y consistieron en introducir nuevas unidades de obra, y suprimir algunas de las unidades de obra, y suprimir algunas de las unidades iniciales, modificando otras por adición o supresión el número de estas. De este modo no sólo la obra cambió sino también las previsiones sobre la sucesión de la

⁴⁷⁰La Corporación aprueba, el 31 de Marzo de 1995, un "Proyecto modificado provisional" con un presupuesto adicional de 147.880.000 ptas., con ampliación de plazo de ejecución hasta el 25 de Junio de 1995. La dirección de la obra afirma 20 de Noviembre de 1995, que el "Proyecto modificado definitivo" es consecuencia de necesidades nuevas y de causas técnicas imprevistas. Se aprueba por la Diputación Provincial el 14 de Marzo de 1996, siendo objeto del recurso contencioso-administrativo. La inauguración oficial de la obra tuvo lugar el 19 de Junio de 1996, si bien se recibió provisionalmente el 12 de Noviembre de 1996. La obra, tras sus ampliaciones, debería haber sido terminada el 1 de Diciembre de 1996. La Diputación Provincial aprueba el 27 de Diciembre de 1996, el Presupuesto final de liquidación de la obra por importe de 1.137.674.281 ptas., frente al cual, se interpuso por la U.T.E., Presalba el recurso contencioso administrativo antecedente del presente recurso de casación. En fecha 27 de Junio de 1997, la Diputación Provincial desestima las peticiones formuladas por la contratista, al amparo del Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de Febrero de 1997, lo que da lugar a una larga serie de recursos.

construcción en el tiempo de las diversas unidades de obra ya que unas se interferían con las otras de forma distinta⁴⁷¹.

Varias empresas, U.T.E.: HIDROVIAL, S.A., AHC INDUSTRIAS DE LA CONSTRUCCION, S.A. Y ALTUNA Y URÍA, S.A. (PRESALBA, S.A.) impugnaron el Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de Burgos de 14 de Marzo de 1996, discutiéndose sobre modificación de precios propuesta por el recurrente en cuanto a nuevos precios de hormigones por los conceptos de áridos, dosificaciones de hormigón, modificaciones geométricas, excavación en roca, banda water stop, el reconocimiento del derecho de revisión de precios y devolución de retenciones indebidas.

El T.S.J., de de Castilla y León con sede en Burgos dictó Sentencia el 29 de Septiembre de 2000, en la causa 779/96 en que se enjuiciaba el Acuerdo del Pleno de la Diputación de 14 de Marzo de 1996, relativo al Proyecto de Modificación Definitivo del Proyecto de obras de la Presa de Alba, estimando parcialmente declarando la nulidad del mismo, en cuanto a que no se fijan los precios de nuevas unidades contradictoriamente (aunque resuelve la Sentencia declarar la inadmisibilidad en relación a la pretensión relativa a la petición de modificación de precios propuesta por el recurrente en cuanto a nuevos precios). En esta Sentencia en su FJ 5º se dice: “en cuanto a los requisitos de la modificación definitiva del contrato establecida por el Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, objeto del presente recurso, no podemos por menos de referirnos al Dictamen del Consejo de Estado obrante en autos antes citado y en el que se recoge que estamos ante un supuesto singular por cuanto el contratista pese a su oposición frontal ejecutó las unidades del modificado en aras del invocado interés público que subyacía en la conclusión de la Obra de la Presa de Alba, lo que no impide entender que se infringió la normativa aplicable en concreto el Art. 150 del R.G.C.E., en cuanto reconoce el derecho del contratista a la valoración contradictoria que habrá de llevarse a cabo dada el actual estado de las obras, máxime hoy, por el tiempo transcurrido, en una

⁴⁷¹ Por lo que restaría examinar si en el presente caso entre las nuevas unidades de obra se encuentran las de las unidades cuya revisión se pretende en recurso y así atendiendo al informe pericial emitido en el presente recurso también por el Ingeniero de Caminos D. Luis Alberto, al contestar al extremo nº 28 de la prueba propuesta por la Diputación demandada concluye que si bien esas unidades de obra son las que aparentemente estaban en el proyecto original, lo importante no es el nombre de las mismas, sino las características que se exigen a esas unidades y las circunstancias en que debieron ejecutarse que fueron distintas a las del proyecto original, sigue explicando el Perito que los áridos previstos en el Proyecto original no pudieron ser utilizados todo ello según diversos informes del Área de Tecnología y Control de Estructuras del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente por lo que ello motivó la necesidad de ejecutar hormigones en circunstancias cambiantes y con costos distintos a los previstos, que también la Diputación haciendo uso de lo previsto en el Pliego de Condiciones ordenó el aumento de la cantidad de cemento en la composición de los hormigones para obtener mayor resistencia, pero cuando se alcanzaron resistencias sobradas no ordenó la disminución del cemento, obligando con ello a un mayor costo del necesario. Asimismo añade que el hormigón H-175 en estructuras que se ha realizado es diferente del incluido en el Proyecto, que la banda impermeabilizante Water stop según el Pliego de Condiciones incluía la parte proporcional de piezas especiales, pero los Proyectos modificados alteraron el número de galerías y por tanto el recorrido y forma de la trayectoria de la banda, con lo cual el porcentaje de piezas especiales fue diferente del previsto, que el precio inicial incluyese la parte proporcional de piezas especiales no puede entenderse en el sentido de que ello deba de cumplirse incluso cuando por el cambio del Proyecto se altere ese porcentaje, por lo que se concluye que dichas unidades aunque con el mismo nombre de las incluidas en el Proyecto, tuvieron características diferentes a las previstas en el momento de la construcción.

liquidación final y definitiva de los trabajos donde se habrá de proceder a una valoración contradictoria de los precios, sin que pueda por otra parte admitirse la postura de la Administración demandada relativa a que el contratista prestó su conformidad al presupuesto del modificado provisional ya que la recurrente siempre manifestó su reserva respecto a la valoración y además incluso los precios del modificado definitivo experimentaron sucesivas revisiones ulteriores, por lo que resulta claro que se ha infringido lo establecido en el Art. 150 del Real Decreto 3450/1975 de 25 de Noviembre Así el T.S. en la Sentencia de 03/04/1995 , de la que fue Ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón, señalaba que el Art.150 del R.G.C.E. de 25 de Noviembre de 1975, establece cuando las modificaciones del proyecto supongan la introducción de unidades de obra, los precios de aplicación a las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director de las obras y de las observaciones el contratista a tal propuesta, precisando la cláusula 60 del P.C.G.A., para la Contratación de Obras del Estado aprobado por Decreto 3854/70 de 31 de Diciembre, que la propuesta del Director de las obras a los nuevos precios a fijar, se basará en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la licitación Procedimiento contradictorio que ha sido omitido en el caso que nos ocupa sin que sea admisible como señala el Dictamen antes citado invocar que el contratista renunció a su derecho a no ejecutar las unidades de obra nueva y que eso determine que haya de pasar por los precios fijados unilateralmente por la Administración, dado que esa ejecución sólo fue motivada por la naturaleza de la obra dado el interés público en su continuación al tratarse de una obra para el abastecimiento de agua a la zona de la Bureba, por ello ha de entenderse que dicho modificado es nulo por no haberse fijado los precios contradictorios de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, y como señala el informe pericial respecto a los precios del modificado definitivo se señala que no se puede afirmar ni negar que los precios del mismo sean correctos y de mercado como ocurre con los del proyecto inicial, dadas las carencias de los proyectos modificado provisional y definitivo. Y aunque el Perito manifiesta en el mismo informe la dificultad de fijar ahora unos precios contradictorios siguiendo las indicaciones del Dictamen del Consejo de Estado, dado que la obra se ha ejecutado, también lo es que en su mismo informe en las aclaraciones propone en su apartado nº 1 del Anejo con relación al extremo nº 1 y ampliaciones unos precios contradictorios, los cuales podrán aplicarse para que en ejecución de Sentencia y con relación a las nuevas unidades de obra comprendidas en el modificado definitivo se fijen los precios para así dar cumplimiento a lo señalado en el Art. 150 del R.G.C.E, procediendo por ello la estimación parcial del presente recurso en el sentido indicado".

La Diputación Provincial de Burgos interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada el 29 de Septiembre de 2000, en la medida en que estima la anterior pretensión.

En el asunto de 28 de Septiembre de 2004⁴⁷², en relación con el Art 150 del R.G.C.E., Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, su infracción se residencia en dos

⁴⁷²Ver S.T.S., de 28 de Septiembre de 2004, Ar.847 de 2005, Nº de Recurso: 8045/2000, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO. Se zanján en esta Sentencia otros asuntos que podemos recoger: 1º) Al amparo del Art. 5.4 L.O.P.J. invoca, como primer motivo de casación, infracción del Art. 24 C.E., imputando indefensión por ausencia de motivación en el fundamento quinto de la misma. Sostiene la necesidad de que la decisión judicial esté precedida por una exposición de los argumentos que la

fundamenten (S.T.C., 116/1986, de 8 de Octubre) situación que reputa inexistente en la Sentencia estimatoria parcial de la pretensión del contratista sin que baste la remisión al informe pericial por cuanto sostiene que en el mismo no se hace una exposición individualizada de las nuevas unidades de obra del Proyecto Modificado Definitivo y de las razones para modificar al alza los precios. Un segundo motivo, al amparo del Art. 88.1.c) L.J.C.A., 1998, lo residencia en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia, aduciendo infracción de los Arts. 120.3 C.E., Art. 248.3 L.O.P.J., y Art. 359. 1 y 2 de la L.E.C., en relación con la pretensión de modificación de precios de las unidades de obra nueva del Proyecto Modificado Definitivo. Con unos argumentos similares a los vertidos en el primer motivo atribuye a la Sentencia la ausencia de hechos probados relacionados con los puntos objeto de controversia acerca del Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, lo que, a su entender, contraviene las citadas normas que los exigen. Mantiene que aún no imponiendo el Art. 248.3. L.O.P.J., una declaración de hechos probados en el orden contencioso-administrativo si es precisa una motivación de los elementos fácticos que hubieren sido objeto de debate (S.T.S., 31 de Diciembre de 1999). Ambos motivos son rechazados por la parte recurrida. Argumenta que el controvertido fundamento de derecho quinto se pronuncia sobre la prueba de los hechos sobre los que existe discrepancia (ejecución de unidades del proyecto modificado dejando constancia de su oposición a los precios que en él se incluían para las nuevas unidades y omisión del procedimiento contradictorio para fijar nuevos precios) y que, caso de estar en desacuerdo la recurrente con la valoración efectuada por la Sala de instancia debía haber denunciado en sede casacional la infracción del Art. 632 L.E.C. Concluye que, en cuanto a la valoración jurídica del hecho probado, la Sentencia de Instancia acoge lo vertido por este Tribunal en su Sentencia de 3 de Abril de 1995, así como las consideraciones jurídicas del dictamen del Consejo de Estado respecto a la obra controvertida. Al reputar suficiente la motivación de la Sentencia no procede acoger los motivos. 2º) Vicio de incongruencia. Un tercer motivo se formula al amparo del Art. 88.1.c) L.J.C.A., 29/1998. Consiste en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. Invoca la infracción del Art. 359.1 de la L.E.C., 1881. Le atribuye el vicio de *extra petita* al no haber fijado como límite de la fijación de los precios de las unidades de obra nueva del Proyecto Modificado Definitivo el del importe reclamado por el contratista cuando hizo alegaciones al dársele traslado de dicho Proyecto. Opone el recurrido la ausencia de dicho vicio. Remite por ello al contenido del suplico del recurso contencioso-administrativo en que interesaba se completase el proyecto modificado con los precios contradictorios y sus correspondientes actas determinándose por prueba pericial caso de no hubiese acuerdo. Entiende, pues, que no quedaba vinculado con lo vertido en vía administrativa al haber sido rechazada su pretensión. Recordemos, pues, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otras muchas en la Sentencias 170/2002, de 30 de Septiembre, 186/2002, de 14 de Octubre, 6/2003, de 20 de Enero, 91/2003, de 19 de Mayo, 114/2003, de 16 de Junio y 8/2004, de 9 Febrero) acerca de que la lesión constitucional por incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes. Eso sí distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de Septiembre). Son estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que respecto a los alegatos no es preciso una respuesta pormenorizada a todos ellos (S.S.T.C. 148/2003, 8/2004, de 9 de Febrero). 3º) Valoración de documentos con arreglo a los Art. 1.216 y 1.218.1 C.Civil. Un quinto motivo de recurso se articula al amparo del Art. 88.1. d) L.J.C.A., 1998, en relación con los Arts. 1.216 y 1.218.1 C. Civil invocando vulneración de las normas relativas a la prueba tasada. Aduce que la Sentencia no ha tenido en cuenta como hecho probado la elaboración del Proyecto por el Ingeniero y el Director Facultativo de la ejecución de obra y las sucesivas vicisitudes en cuanto el traslado del Proyecto para que el contratista formulara alegaciones. Opone el contratista recurrido que los documentos a que se hace mención si han sido tomados en consideración más para concluir que no hubo fijación de precios contradictoria conforme al Art. 150 R.C.E., por lo que se está pretendiendo la revisión de la prueba. Resulta incontrovertible la imposibilidad de revisar en sede casacional el resultado de la prueba salvo que fuere irracional o arbitrario, en cuyo caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgar a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica o contraviniera las reglas de la prueba tasada, es decir las normas que afectan a la eficacia de un determinado medio probatorio o en su caso las reglas que regulan la carga de la prueba (Sentencias de 8 de Julio de 2003, 11 de Noviembre y 18 de Noviembre de 2003, con amplia cita de otras muchas). Pretende, pues, la Corporación recurrente la aplicación de los criterios de la prueba tasada. Parte para ello de que los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (Art. 1.218 C. Civil) una vez admitido que son documentos públicos los autorizados por empleado público competente

motivos. Respecto del primero sostiene que se dispone una nueva valoración contradictoria del precio de las nuevas unidades de obra cuando las actuaciones seguidas se han ajustado a lo dispuesto por el citado precepto. En cuanto al segundo sostiene, con carácter principal, aplicación indebida del mismo al no proceder su aplicación ya que los precios se fijaron conforme a lo allí establecido. Y, en la hipótesis de fijación contradictoria, la Sentencia debía haber tenido presente que, para aceptar un determinado precio era preciso haber probado el por qué del aumento de precio propuesto, lo que aquí no acontece al faltar la declaración de hechos probados. Rechaza tales argumentos la parte recurrida por cuanto pretende revisar una cuestión de hecho no revisable en el recurso de casación como es la afirmación de la Sentencia de instancia acerca de que el procedimiento contradictorio establecido en el Art. 150 del Reglamento en cuestión en relación con lo previsto en la cláusula 59 del P.C.G.A., aprobado por Decreto de 31 de Diciembre de 1970, ha sido omitido en el caso que nos ocupa. Insiste que sí le concedió plazo para alegaciones pero no prestó su conformidad a los nuevos precios continuando la obra con las debidas protestas. No conviene olvidar que la Sentencia de instancia acude al Dictamen del Consejo de Estado 2415/1996, para poner de relieve la singularidad del supuesto debatido en que dictamina que procede liquidar las actuaciones contradictorias de medición y valoración de las unidades de obra aludidas en el apartado primero de la tercera consideración del citado dictamen, es decir las nuevas añadidas inicialmente no contempladas, la supresión de algunas de las incluidas en la primera versión y la modificación, por adición o supresión, del número de estas últimas. Destacamos de éste Dictamen "las singulares condiciones en que se aprobó el Proyecto inicial para construir la presa de Alba, entre las que figuran la carencia de permisos y de la disponibilidad de todos los terrenos necesarios al efecto, la sustancial reducción del plazo de ejecución de los trabajos (12 meses frente a los 18 postulados por el Facultativo autor del Proyecto) o la premura derivada de los plazos aplicables a la financiación comunitaria europea que se aplicaría al Proyecto. Parece claro que tales condiciones impidieron contar con un Proyecto técnico completo y suficiente para poder llevar a cabo, sin incidencias destacables, los correspondientes trabajos. Incidiendo en las singularidades del caso, se observa que, a lo largo de la ejecución del contrato, se introdujeron modificaciones que representaron cuantitativamente casi un 50% del presupuesto total del Proyecto primitivo, lo que vuelve a poner de manifiesto el carácter incompleto de este último. La documentación aportada al expediente da cuenta de que, con posterioridad a las últimas modificaciones formalmente introducidas en el Proyecto inicial, se incorporaron nuevas adiciones y cambios, vinculados, no a cambios imprevistos de última hora, sino a necesidades estructurales tan esenciales como son el llenado de la Presa en adecuadas condiciones de seguridad y funcionalidad. Con ello, se aprecia que el carácter incompleto afecta, no solamente al Proyecto original, sino también a la modificación posteriormente acordada." Se pretende, en esencia, con estos motivos una nueva declaración fáctica lo que está vedado en sede casacional por las razones ya expuestas en motivos anteriores. Sentado en la Sentencia, tras la asunción del Dictamen del Consejo de Estado, que se introdujeron unidades de obra no contempladas en la contrata y que no se atuó la Administración en la fijación de precios a lo preceptuado en el Art. 150 del Reglamento

con las solemnidades requeridas por la ley. Tal realidad no ha sido obviada por el Tribunal que ha conferido a los citados documentos la valoración a que más arriba hemos hecho mención por lo que la pretensión de revisión de valoración debe decaer. Hemos, pues, de rechazar el motivo.

antes mencionado ninguna vulneración de éste ha acontecido en la Sentencia impugnada. No cabe tampoco acoger los motivos.

Se analiza también la infracción del Art. 47.1 de la L.C.E. y del Art. 142 de su Reglamento General. Mantiene la inaplicación de dichos preceptos al abrir la Sentencia la vía a la aplicación de unos precios distintos a los aprobados por el Acuerdo recurrido, mientras las citadas disposiciones reconocen el derecho al abono de la obra que realmente ejecute el contratista con arreglo al precio convenido. Insiste en que para las unidades de obra no ejecutadas al tiempo de ser dictado el tantas veces citado Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, debe estarse al proceso de fijación contradictoria de sus precios que se había llevado a cabo. Insiste la recurrida en que la Sentencia de instancia declaró como probado que se omitió la fijación contradictoria de los precios de las nuevas unidades definidas en el proyecto modificado definitivo por lo que no pueden prevalecer precios unilaterales donde la ley manda que se acuerden de forma contradictoria. También este motivo, reverso del precedente, debe ser desechado por los argumentos ya expuestos. Mal puede pretenderse la aplicación de la norma que obliga al abono de la obra con arreglo al precio convenido cuando falla precisamente la premisa del convenio tal cual reiteradamente hemos venido desgranando⁴⁷³.

Por otro lado hay que advertir que el 6 de Octubre de 2000, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., de Castilla y León con sede en Burgos, recurso 1542/1997, en el recurso, contra la resolución de la Diputación Provincial de Burgos de 26 de Junio de 1997. En la Sentencia del T.S.J., se deniegan las pretensiones deducidas por el recurrente respecto a las modificaciones de precios de las unidades de hormigón, excavación en roca, banda water stop y otros extremos, con relación a la pretensión referida en los apartados c y d del suplico de la demanda, por lo demás se desestiman en cuanto al fondo las pretensiones contenidas en el apartado b) relativa a la revisión de precios y en cuanto a la devolución de las retenciones por haber sido satisfecha, estimándose el presente recurso en cuanto a la pretensión relativa de precios y en cuanto a la devolución de las retenciones por haber sido satisfecha, estimándose el presente recurso en cuanto a la pretensión relativa a la modificación de precios propuesta por el recurrente en cuanto a nuevos precios de hormigones por los conceptos de áridos, dosificaciones de hormigón, modificaciones geométricas, excavación en roca, banda

⁴⁷³En relación con estos dos mismos preceptos en la S.T.S. de 29 de Septiembre de 2004, Ar.848 de 2005, Nº de Recurso: 8046/2000, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO se dice lo siguiente: “El motivo décimo cuarto lo articula en la infracción del Art. 47.1 de la L.C.E., y del Art. 142 de su Reglamento General. Mantiene la inaplicación de dichos preceptos al haberse apartado la Sentencia de los precios acordados. El motivo vigésimo reitera lo mismo respecto de la modificación del precio de los hormigones por el concepto de dosificación de cemento. Afirma es un material que integra la unidad de obra hormigón pero no constituye una unidad de obra en sí misma. El motivo vigésimo noveno lo dedica a la modificación de precios de excavación en roca argumentando de forma similar a lo vertido más arriba respecto a explosivos y Declaración de impacto ambiental. Insiste la recurrida (motivos vigésimo y vigésimo noveno) en que justamente las normas que se reputan infringidas son las que la amparan para cobrar todas las unidades que realmente ejecutó aunque tuvieran que ser objeto de precio contradictorio. Rechaza los argumentos de la recurrente que pretende declarar como probado lo contrario a lo vertido en Sentencia. En aras a una innecesaria reiteración, nos remitimos a lo vertido en fundamentos anteriores acerca de la imposibilidad de sustituir lo declarado por la Sala de instancia, por lo pretendido por el recurrente. Se rechazan los motivos”. Esta argumentación se reitera en la S.T.S., de 2005, sobre este mismo caso.

water stop, precios que deberán fijarse teniendo en cuenta lo señalado en el Fundamento Jurídico quinto de la presente Sentencia. La estimación parcial del recurso en cuanto a nuevos precios de hormigones por los conceptos de áridos, dosificaciones de hormigón, modificaciones geométricas, excavación en roca, banda water stop. Precios que deberán fijarse teniendo en cuenta lo señalado en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia.

La Diputación Provincial de Burgos también interpone recurso de casación contra la citada Sentencia del T.S.J. Atribuye a la Sentencia la ausencia de hechos probados relacionados con los puntos objeto de controversia acerca de la cantera inicialmente propuesta, sucesivos cambios de canteras, cumplimiento por las canteras de las prescripciones técnicas, etc. lo que, a su entender, contraviene las citadas normas que los exigen⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴Mantiene que aún no imponiendo el Art.248.3. L.O.P.J., una declaración de hechos probados en el orden contencioso-administrativo si es precisa una motivación de los elementos fácticos que hubieren sido objeto de debate (S.T.S., 31 de Diciembre de 1999). Un cuarto motivo, al amparo del Art. 88.1.c) L.J.C.A., consistente en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las mismas normas que acabamos de citar en relación con la pretensión de modificación de precios en cuanto a nuevos precios de hormigones por el concepto de dosificaciones de hormigón. Al igual que en el punto anterior mantiene que el fundamento quinto de la Sentencia da una brevísima mención que no responde a todos los puntos debatidos. Un quinto motivo, al amparo del Art. 88.1.c) L.J.C.A., residenciado en infracciones análogas a las del apartado anterior en relación con la pretensión de modificación de precios de excavación en roca. También aquí aduce un elemento número de puntos de hecho objeto de debate no tratados en la declaración de hechos probados. Todos los motivos que acabamos de enumerar son rechazados conjuntamente por la parte recurrida al sostener la reiteración de los argumentos de la recurrente para cada uno de las unidades de obra cuyo pago reclamó la contratista. Argumenta que el fundamento de derecho quinto declara probadas las importantes modificaciones acontecidas en el proyecto inicial al asumir tanto el dictamen del Consejo de Estado que obra en autos como el informe pericial del Ingeniero de Caminos Sr. Luis Alberto lo que hacía innecesario recoger de nuevo las valoraciones. Mantiene que la actora pretende una nueva declaración de hechos probados vedada en el ámbito del recurso de casación ya que los hechos que pretende integrar o no están suficientemente justificados, ya que se trata de hechos alegados en los escritos de parte, o ya han sido tomados en consideración. No establece la vigente L.J.C.A., 1998 (Arts. 67 y siguientes) ni establecía la derogada L.J.C.A., 1956 (Art. 80 y siguientes) que las Sentencias que se dicten en el orden jurisdiccional contencioso- administrativa hubieren de contener una expresa declaración de hechos probados. Por ello hemos de atender a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional acerca de que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, si exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, este motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (S.T.C 224/2003, 15 de Diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (S.T.C 24/1990, de 15 de Febrero). Sentado el marco desde el que hemos de enjuiciar los motivos procede acudir a la Sentencia impugnada. Observamos en la Sentencia recurrida que dedica su primer fundamento a relatar el contenido esencial de los actos impugnados y los subsiguientes argumentos de la parte recurrente mientras en el segundo articula los razonamientos de la administración demandada al oponerse a las pretensiones de la demanda. En el tercero despeja la inadmisibilidad de uno de los actos impugnados mientras en el cuarto analiza la normativa por la que se rige el contrato y su ulterior modificación en referencia al Art. 51 del R.C.E, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre y normas concordantes. Y en el quinto, más arriba transcrito, vuelve a insistir en la ausencia de procedimiento contradictorio asumiendo, sin fisuras, en cuanto a la dificultad de fijar ahora los precios contradictorios el dictamen pericial emitido en sede jurisdiccional siguiendo las indicaciones del Dictamen del Consejo de Estado.

En el asunto de 29 de Septiembre de 2004⁴⁷⁵ el T.S., señala que la conclusión a extraer tal cual hemos sentado ya en la Sentencia de 28 de Septiembre de 2004, que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del T.S.J., de Castilla y León de 29 de Septiembre de 2000, dictada en el recurso 779/96 a que hace mención el fundamento quinto de la Sentencia aquí impugnada, es que el Tribunal de instancia tras relatar la normativa que considera aplicable al supuesto de autos, resuelve que hubo conculcación de la misma a partir de lo vertido en el prolijo y detallado dictamen pericial expresado en los autos, y emitido por el mismo perito que en la causa 779/96, en relación con el Dictamen emanado del Consejo de Estado en relación al contrato controvertido. No son ignotos ni oscuros los razonamientos de instancia pues, justamente, la recurrente combate los razonamientos de la meritada resolución. Conocemos pues, las razones que llevan a la Sala a adoptar su pronunciamiento estimatorio parcial de las pretensiones. Expresa cuáles son las cuestiones controvertidas, la probanza practicada en la que destaca el incumplimiento de determinadas exigencias y su incidencia en el contrato de autos y, por ende, el resultado final al que llega. Cuestión distinta es que no lleve a cabo un examen exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los puntos dilucidados en uno y otro dictamen (el pericial y el del Consejo de Estado) lo que, entiende, sería exigible caso de existir dictámenes contradictorios en que habría que razonar detalladamente las razones de la opción, mas no en el de autos. Al reputar suficiente la motivación de la Sentencia no procede acoger ni los motivos referidos a la conculcación de preceptos constitucionales ni los que atañen al quebrantamiento de formas esenciales del juicio.

Sobre el Art. 150 del R.G.C.E., Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre y en relación Cláusula 34 del P.C.G.A. Sostiene inhabilidad de la cantera ofertada por lo que la administración no tiene por qué soportar las consecuencias de las imprevisiones del contratista. Mantiene que la sucesión de canteras provocada por el contratista implica infracción por inaplicación del Art. 34 del Pliego antes mencionado. Un motivo décimo sexto. Vuelve a insistir en que la ausencia de hechos probados implica infracción del precepto reglamentario en lo que se refiere a la modificación de los hormigones por el concepto de áridos. Un motivo décimo noveno respecto de los hormigones por el concepto "dosificación de cemento" respecto al que argumenta de forma análogo a los áridos. Un motivo vigésimo segundo en el que al faltar la declaración de hechos probados afecta a los hormigones por el concepto d dosificación de cemento. Un motivo vigésimo cuarto en que continúa arguyendo la ausencia de hechos probados que puedan servir a las supuestas modificaciones geométricas que determinen el pronunciamiento condenatorio. Un motivo vigésimo octavo en que mediante argumentos análogos se llevan a cabo respecto a la modificación del precio de la unidad de obra de "excavación en roca". Un motivo trigésimo primero reiterando que la Sentencia no ha declarado probado hecho alguno que mencione a la "excavación en roca" y que, por tanto, pueda servir de base al pronunciamiento condenatorio. Opone la recurrida que al afirmar la Sentencia que se ha acreditado la existencia de unidades del proyecto definitivo que han de ser valoradas con precios contradictorios ya que presentas características distintas a las del proyecto o son realmente nuevas los argumentos del recurrente son rechazables ya que pretende cambiar lo allí declarado por su particular versión. Reitera el contenido

⁴⁷⁵Ver S.T.S. de 29 de Septiembre de 2004, Ar.848 de 2005, Nº de Recurso: 8046/2000, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO.

de la Sentencia de 28 de Septiembre de 2004, visto arriba, examinando el recurso de casación deducido contra la Sentencia de fecha 29 de Septiembre de 2000, dictada en la causa 779/96 en que se impugnaba el Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, aprobando la modificación definitiva del proyecto de obra, no conviene olvidar que la Sentencia de instancia acude al Dictamen del Consejo de Estado 2415/1996.

En cuanto a la Infracción del Art. 142.2 y 3 del R.G.C.E., aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, aduce que la Sentencia ha dejado de aplicar la meritada norma. Mantiene que la aceptación, sin reserva de la certificación por el contratista implica conformidad con los precios de las unidades de obra consignados en las mismas lo que aquí aconteció con 21 certificaciones sin que sea óbice lo expuesto por el Dictamen del Consejo de Estado. Opone la recurrida que lo argumentando es contrario a lo argumentado en la Sentencia sin que pueda saber en qué concepto se reputa violado el artículo esgrimido. El argumento actor lo que pretende es desvirtuar el contenido fáctico esencial de la Sentencia: modificación del proyecto y ulterior fijación de los precios de las nuevas unidades de obra sin atenerse al procedimiento establecido. Declarado tal hecho por la Sala de instancia en modo alguno se ve afectado por los pagos a buena cuenta de las certificaciones que correspondan a la obra ejecutada por cuanto la previsión de tal norma reglamentaria no alcanza a los efectos de las modificaciones del proyecto que supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata⁴⁷⁶. Debemos, pues, rechazar el motivo. Un vigésimo quinto motivo se formula con idéntico fundamento jurídico que los anteriores en relación a la ausencia de consignación en los hechos probados de referencias del proyecto sobre voladuras y excavación en roca sana que ha sido determinante del fallo para modificar el precio de la unidad de obra por el concepto excavación en roca. Un vigésimo sexto motivo de recurso se articula como los anteriores por no haberse valorado conforme a los criterios de la prueba tasada documentos obrantes en el expediente respecto al uso de explosivos, Declaración de Impacto ambiental, y otros que han incidido en la modificación del precio de la unidad de obra de "excavación en roca".... Ya despejamos en el fundamento anterior, lo innecesario de la consignación como hechos probados de todo el conjunto de documentación obrante en autos por lo que la omisión distintos aspectos pormenorizados del proyecto inicial y del modificado en la Sentencia en modo alguno conculcaba el derecho a la motivación, y menos aún cabe la sustitución del criterio de la Sala en favor del mantenido por la recurrente.

Sobre la valoración de la prueba con arreglo a los criterios de la sana crítica. Un noveno motivo de casación se formula al amparo del Art. 88.1.d) L.J.C.A.,1998, invocando infracción del Art. 1.243 C.Civil en relación al 632 L.E.C. Sostiene que el hecho probado de la Sentencia al acoger el dictamen pericial afirma lo contrario de lo vertido por el perito que puso de relieve que la cantera propuesta inicialmente no era favorable para conseguir áridos lo que, a su entender, supone valoración irrazonable. Un

⁴⁷⁶ Además esta Sala y Sección ya se ha pronunciado en su Sentencia de 15 de Junio de 1992, acerca de que las certificaciones de obra son pagos a buena cuenta que no enervan la reclamación de una cantidad debida y, en fin, correctamente formulada por lo que rechaza que hubiere expirado - antes de la liquidación definitiva el derecho a reclamar la revisión de precios por el simple hecho de haber aceptado el contratista sin protesta certificaciones de obra que no la incluían. Situación contraria acontecería si el contratista se hubiera declarado saldado y finiquitado por el crédito dimanante de la ejecución de la obra (S.T.S. 11 de Diciembre de 1991).

undécimo motivo de casación se articula al amparo del mismo articulado que en el noveno aduciendo que la Sentencia confunde los áridos previstos en el proyecto original con los presentados por el contratista lo que supone valoración irrazonable. Un motivo décimo octavo se articula como los anteriores en relación con la "dosificación de hormigón" entresacando distintas manifestaciones vertidas en el dictamen pericial que a su entender condujeron a una valoración irracional de la prueba en relación con el citado concepto. Un vigésimo séptimo motivo lo formula al amparo de la normativa reseñada en los tres que acabamos de mencionar considerando que la omisión de determinados hechos consignados en el informe pericial sobre excavaciones han incidido en la modificación del precio de la unidad de obra de "excavación en roca". Rebate la parte recurrida los argumentos del noveno, décimo octavo y vigésimo séptimo, la parte recurrida negándoles viabilidad al pretender la sustitución de sus interesadas valoraciones en lugar de lo apreciado por el Tribunal. En aras a una innecesaria reiteración, nos remitimos a lo vertido en fundamentos anteriores acerca de la imposibilidad de sustituir lo declarado por la Sala de instancia, por lo pretendido por el recurrente.

Sobre la infracción del Art. 46 de la L.C.E., opone la recurrida (motivos vigésimo primero y trigésimo) que la recurrente pretende sustituir lo declarado en instancia por su propia visión intentando una revisión de la prueba. En aras a una innecesaria reiteración, nos remitimos a lo vertido en fundamentos anteriores acerca de la imposibilidad de sustituir lo declarado por la Sala de instancia, por lo pretendido por el recurrente. No prosperan los motivos.

Termina el caso de la Presa de Alba con un asunto donde el Supremo deslinda este apartado segundo del Art.150 del primero en un asunto de 2005, donde también se discute si se habían introducido unidades de obra nueva en el contrato lo que contraviene la declaración de la Sentencia acerca de la acreditación de variación en la obra ejecutada⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ Ver S.T.S., de 9 de Marzo de 2005, Ar.9095, Nº de Recurso: 4267/2001, Ponente: D^a. CELSA PICÓ LORENZO. Frente a ambas Sentencias de la Sala de Burgos, la U.T.E., Presalba había inicialmente preparado recurso de casación, más fue declarado desierto al no haber comparecido a formalizarlos. De lo expuesto en el fundamento primero queda claro que la condena dineraria de la Sentencia lo fue al pago de cantidades sustentadas en conceptos distintos: a) Pronunciamiento de condena al pago de 270.015.183 ptas., por el concepto Proyecto de liquidación. b) Pronunciamiento de condena al pago de 41.724.586 ptas., por el concepto revisión de precios. Atribuye a la Sentencia la práctica ausencia de hechos probados relacionados con los puntos objeto de controversia acerca de la cantera inicialmente propuesta, sucesivos cambios de canteras, cumplimiento por las canteras de las prescripciones técnicas, etc. lo que, a su entender, contraviene las citadas normas que los exigen. No acepta la remisión al informe pericial en el fundamento de derecho decimoquinto. Reputa insuficiente que la Sentencia se limite a aludir a "...la modificación en el proceso de hormigonado, a consecuencia de las alteraciones en la utilización de áridos...". Sin relatar los sucesivos cambios de canteras y causas motivadoras, manifiesta también que no se hace mención alguna a los problemas derivados de la dosificación del cemento tomando en cuenta las prescripciones del proyecto y la resistencia característica del hormigón. Y, finalmente, reputa insuficiente en cuanto a los áridos la alusión en el fundamento de derecho segundo acerca de que "...los incrementos de volumen de obra a consecuencia de la dificultad de encontrar firme para la cimentación, circunstancia de todo imprevisible por el carácter relativo de los estudios geológicos previos...; la falta de obtención del permiso gubernativo para el uso de explosivos...". Sobre el Art. 150. Sostiene inhabilidad de la cantera ofertada, hecho que reputa clave y esencial, por lo que la administración no tiene por qué soportar las consecuencias de las imprevisiones del contratista. Mantiene que la sucesión de canteras provocada por el

El Art. 150.1 del R.G.C.E. constituye la transcripción literal del contenido del Art. 50 L.C.E., respecto a la obligatoriedad del contratista para acatar las disposiciones de la administración, siempre que sean de las comprendidas en la contrata, ya se trate de un aumento o de una supresión de las unidades de obra marcadas en el contrato. Se trata de inexactitudes contractuales que no generan resarcimiento económico. Declarada por la Sentencia la gran variación habida en cuanto a la obra proyectada plasmada por la diferencia entre el proyecto inicial y el finalmente construido, evidenciado entre otros puntos por la existencia de un Proyecto modificado provisional y un Proyecto modificado definitivo a los que nos hemos referido en distintas ocasiones en fundamentos anteriores, resulta patente la inaplicación al supuesto de autos de la citadas normas legal y reglamentaria. Cuestión distinta con el Art. 150.2 R.G.C.E., respecto a la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características difieren sustancialmente de ellas, supuesto en que es preciso que el contratista acepte los precios fijados por la administración ya que, de no ser así, podrá la administración contratar con otro empresario en los mismos precios. Como ya dijimos en la Sentencia de 28 de Septiembre de 2004, examinando el recurso de casación deducido contra la Sentencia de fecha 29 de Septiembre de 2000, dictada en la causa 779/96 en que se impugnaba el Acuerdo de 14 de Marzo de 1996, aprobando la Modificación Definitiva del Proyecto de obra, no conviene olvidar que la Sentencia de instancia allí enjuiciada acudía al Dictamen del Consejo de Estado 2415/1996 para poner de relieve la singularidad del supuesto debatido. Ciertamente no prejuzgó que concretas unidades de obra eran susceptibles de dar lugar a la aplicación del Art. 150.2 R.G.C.E ya que no le correspondía opinar sobre cuestiones técnicas que si incumbían a la Sala de instancia. Se recoge el contenido del Dictamen del Consejo de Estado 2415/1996 citado arriba en la S.T.S., de 28 de Septiembre de 2004, añadiéndose que: "La singularidad de la situación examinada queda patente. Y la administración recurrente con los anteriores motivos, en realidad, está intentando una nueva declaración fáctica reelaborando en su beneficio las conclusiones expresadas por la Sala de instancia lo que está vedado en sede casacional por las razones ya expuestas en

contratista implica infracción por inaplicación del Art.34 del Pliego antes mencionado -procedencia de los materiales naturales ya que la administración no impuso una determinada cantera. Destaca determinados aspectos del dictamen pericial para considerar que la aséptica afirmación de la Sentencia acerca de la alteración de áridos conduzca a que la administración soporte las consecuencias económicas de la inhabilidad de los áridos. 2º) En relación con el Art. 50 de la L.C.E., de 8 de Abril de 1965. Vuelve a insistir en que la ausencia de hechos probados implica infracción del precepto reglamentario en lo que se refiere a la modificación de los hormigones por el concepto de áridos. 3º) Un motivo vigésimo sexto respecto de los hormigones por el concepto "dosificación de cemento" respecto al que argumenta de forma análoga a los áridos. 4º) Un motivo vigésimo noveno en relación Art. 50 L.C.E., que afecta a los hormigones por el concepto de dosificación de cemento. Aduce que es preciso que consten los conceptos que dan lugar al aumento de precio sin que sea suficiente la remisión al dictamen pericial. 5º) En relación Art. 50 L.C.E., respecto "modificaciones geométricas". Niega la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata. 6º) Respecto excavación en roca reputando aplicación indebida del Art.150.2 R.G.C.E. Insiste en que el contratista aceptó la Declaración de Impacto Ambiental que prohibía el uso de explosivos al tiempo de las excavaciones y que tardó en pedir permiso al Gobierno Civil por lo que reputa inexistente la modificación. 7º) En relación Art. 50 L.C.E., en que vuelve a insistir en que la ausencia de hechos probados respecto de los elementos que configuran la excavación en roca conduce a rechazar los fundamentos jurídicos y las conclusiones que la Sentencia obtiene del dictamen pericial. 8. en relación Art. 50 L.C.E., respecto a "menoscabo utilización maquinaria" y "suplemento puesta en obra" que aparecen en las descomposiciones de los precios de los hormigones que figuran en el anexo a las aclaraciones al dictamen pericial.

motivos anteriores. Declaró probado la Sentencia de 29 de Septiembre de 2000, tras la asunción del Dictamen del Consejo de Estado y del pericial, que se introdujeron unidades de obra no contempladas en la contrata y que no se atuvo la Administración en la fijación de precios a lo preceptuado en el Art. 150 del R.G.C.E. Obviamente fue la Sala de Burgos la que hubo de pronunciarse sobre cuáles eran las unidades de obra que se reputaban nuevas conforme a la prueba practicada en el proceso. Sentencia aquella que ha devenido firme al haber desestimado este Tribunal el recurso de casación deducido contra aquella. Pronunciamiento que es otra vez reiterado en la Sentencia objeto del presente recurso de casación tras la prueba pericial también practicada en el mismo con intervención de las partes. Por lo tanto aceptada la existencia de unidades de obra nueva, como no podía ser menos a la vista de la redacción por la propia corporación de dos nuevos Proyectos "el modificado provisional" y "el modificado definitivo" con incrementos más que sustanciales, casi un 50%, respecto al Proyecto inicial ninguna vulneración de los preceptos invocados ha acontecido. No manifiesta la Sentencia que las obras finalmente realizadas respecto a las inicialmente proyectadas tuvieran su origen en la libre voluntad del contratista sino que expresamente declara que responden a proyectos modificados por quién tenía competencia para ello, es decir la administración contratante que no redactó un Proyecto completo. No cabe tampoco acoger los motivos”.

Este asunto además tiene el interés de que se alegó una Infracción del Art. 51 del P.C.G.A, Decreto 3854/1970 de 31 de Diciembre. El recurso lo centra en que no se han introducido unidades de obra no comprendidas en la contrata o que difieran sustancialmente de ellas, supuesto que permite, conforme al Art. 150.2 del R.G.C.E., fijar precio contradictorio. En la hipótesis contraria mantiene que los áridos no pueden tener tratamiento de unidad de obra. Insiste en que el Art. 51 del P.C.G.A., declara que los precios descompuestos y auxiliares están incluidos en el precio de la unidad de obra a la que pertenecen. Reitera lo que acabamos de reseñar en el motivo anterior respecto de la "dosificación de cemento". De forma similar al motivo precedente redunda su argumentación acerca de que el no uso de explosivos, al no constituir una unidad de obra, no puede repercutir en la contrata. La parte recurrida al igual que en los motivos examinados en el fundamento anterior defiende su improsperabilidad, al sustentarse en que no se han introducido unidades de obra nueva en el contrato lo que contraviene la declaración de la Sentencia acerca de la acreditación de variación en la obra ejecutada. Explica el Supremo que es cierto que el Art. 51 del P.C.G.A., sienta que los precios descompuestos y auxiliares están incluidos en el precio de la unidad de obra a la que pertenecen. Pero observa que la administración recurrente, en esencial, continúa negando la existencia de las nuevas unidades de obra reiteradamente declaradas por la Sala de instancia. Hecho sobre el que el T.S., en su función casacional, no puede pronunciarse al escapar a su función revisora del derecho los hechos sentados por la Sala de instancia. Por ello en aras a una innecesaria reiteración, se remite a lo expresado en fundamentos anteriores acerca de la imposibilidad de sustituir los pronunciamientos fácticos efectuados por la Sala de instancia por lo ambicionado por la Diputación recurrente. La introducción de nuevas unidades de obra y la modificación sustancial de las características de las unidades de obras fijadas en el Proyecto inicial han sido declaradas en instancia sin que tal afirmación pueda ser combatida al amparo de los motivos deducidos.

En el Art.146.2 (Modificación del contrato de obras) de la L.C.A.P., de 1995 y del T.R.L.C.A.P., de 2000, se preveía lo siguiente: “Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La contratación con otro empresario podrá realizarse por el procedimiento negociado sin publicidad, siempre que su importe no exceda del 20% del precio primitivo del contrato”⁴⁷⁸.

Sobre este precepto se puede traer a colación un caso de 2008⁴⁷⁹. La Sentencia dictada el 5 de Junio de 2007, por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección 3ª) del T.S.J., de la Comunidad Valenciana, impugnada desestimó el recurso de «Obrascón- Huarte-Laín, S.A.» (en lo sucesivo, «O.H.L.»), contra la resolución adoptada por el Rector de la Universidad Miguel Hernández el 9 de Septiembre de 2004, por la que dispuso no admitir la propuesta de revisión de precios de las obras de construcción del Edificio Departamental 1.2 en el Campus de Elche, instada por aquella compañía, denegando, en consecuencia, el pago de la certificación de liquidación por tal concepto, cuyo importe ascendía a 125.630,40 €. «De la relación de hechos expuesta se desprende que la contratista suscribió un contrato modificado cuyo nuevo precio fue fijado de forma contradictoria a tenor del Art. 146.2 del T.R.L.C.A.P., aceptando aquélla expresamente este nuevo precio. A pesar de que la actora niega en la presente litis que tal precio fuera determinado de forma contradictoria, ninguna duda cabe de que se fijó de esa forma, puesto que así consta documentado en el expediente de tramitación del modificado, seguido por los trámites establecidos en el mencionado Art. 146 del T.R.L.C.A.P. Este precepto, al igual que el Art. 146 de la Ley 13/1995 tras la redacción dada al mismo por Ley 53/1999, de 28 Diciembre 1999, permite al contratista discutir los precios de los contratos modificados, a diferencia de lo que acontecía con el Art. 146 de la Ley 13/1995, en su redacción originaria, que no posibilitaba al contratista discutir los precios fijados por la Administración, dado que la comisión de arbitraje a que aludía ese precepto nunca llegó a regularse. Y en el presente caso, O.H.L.,S.A. aceptó el nuevo precio del contrato de obras fijado en la modificación del contrato de forma contradictoria -303.231.949 ptas., I.V.A., incluido-, consintiendo que dicho precio quedara conformado con los precios unitarios del presupuesto del proyecto inicial, deviniendo, por tanto, firme y consentida por aquella mercantil la resolución del Rector de la Universidad de 2 de Abril de 2001, aprobatoria del Proyecto Modificado así como

⁴⁷⁸En consecuencia, la Ley 53/1999, suprime la comisión de arbitraje y vuelve al sistema tradicional. Es decir, deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. En la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 390/1996, de 1 de Marzo, se disponía que hasta tanto se regulase la Comisión de arbitraje prevista en el Art.146.2 de la Ley el contratista que no aceptase los precios fijados por la Administración conservaría la facultad que le conferiese el párrafo segundo del Art.150 del R.G.C.E.

⁴⁷⁹ Ver S.T.S., de 19 de Diciembre de 2008, N° de Recurso: 108/2008, Ponente: D. JOAQUÍN HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO.

del nuevo precio del contrato, suscribiendo seguidamente la contratista, a mayor abundamiento, la formalización de la modificación del contrato. Por consiguiente, la doctrina de los actos propios impide a la contratista instar, con ocasión de la liquidación del contrato de obras, la revisión de los precios que en su día fueron aceptados y consentidos por ella no obstante haber podido oponerse a que fueran fijados en la cuantía en que se hizo, por todo lo cual procede, sin necesidad de examinar los restantes motivos impugnatorios aducidos por la actora, la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.»

O.H.L., en escrito presentado el 26 de Septiembre de 2007, interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina trayendo a colación, como término de comparación, tres S.T.S. Una, dictada el 3 de Febrero de 1982, por la antigua Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo en el recurso de apelación 36090/80; otra pronunciada el 1 de Junio de 1993, por la Sección Quinta de la actual Sala Tercera, también en un recurso de apelación (11507/90); y, la última, aprobada el 11 de Marzo de 1996, por la misma Sección Quinta, en el recurso de casación 861/92. Argumenta que la Sentencia que combate infringe el Art. 146 del T.R.L.C.A.P., y la cláusula 60 del P.C.G.E., aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre (B.O.E., de 16 de Febrero de 1971), pues olvida que el presupuesto que nuevamente se establece a consecuencia de una modificación del proyecto no es en puridad el resultado de un pacto entre las partes. Sostiene que también desconoce los Arts. 50 y 102, además del 146, de aquel Texto Refundido, así como la cláusula 50 de este Pliego, en la medida en la que considera extinguida la estipulación sobre revisión de precios con la aprobación del proyecto modificado. Sentado lo anterior, añade que la Sentencia que discute contiene una doctrina contraria a la de la citada Sentencia de 11 de Marzo de 1996, en la que se planteó la subsistencia del derecho a la revisión de precios una vez que el proyecto inicial se reforma o es objeto de otro complementario. Entiende que también sigue una doctrina opuesta a la contemplada en las otras dos Sentencias de contraste. Termina solicitando el pronunciamiento de Sentencia que, casando la de instancia, declare su derecho a la revisión de precios en el contrato litigioso, condenado a la Administración demandada a pagar 125.630,40 €, más los intereses legales desde la fecha en la que dicho pago fue requerido.

O.H.L., combate la Sentencia dictada el 5 de Junio de 2007, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del T.S.J., de la Comunidad Valenciana, que declaró correcta la decisión de la Universidad Miguel Hernández de no pagar una certificación de liquidación por revisión de los precios del contrato de obras pactado para la construcción de un edificio en el campus de Elche. La Sala de instancia consideró que los nuevos precios se habían fijado de forma contradictoria con arreglo al Art. 146.2, del T.R.L.C.A.P., de modo que el contratista los habían aceptado, no pudiendo, al liquidar el contrato, instar la revisión de precios. La citada compañía argumenta que tal decisión infringe el mencionado precepto, los Arts. 50 y 102 del mismo cuerpo legal y las cláusulas 50 y 60 del P.C.G.A., así como la doctrina contenida en las S.S.T.T. de 3 de Febrero de 1982 (antigua Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, recurso de apelación 36090/80), 1 de Junio de 1993 y 11 de Marzo de 1996 (Sección Quinta de la actual Sala Tercera, recurso de apelación 11507/90 y recurso de casación 861/92, respectivamente). En lo que se refiere a la última de las Sentencias, considera que aborda la misma tesitura que la impugnada, pues trata de la

subsistencia del derecho a revisar los precios una vez que el proyecto inicial se reforma o es objeto de otro complementario, llegando a una respuesta afirmativa, no sólo porque así expresamente se pactó, sino porque, aun cuando no se hubiera previsto, la hubieran exigido el principio de buena fe contractual (Art. 1.258 del C. Civil) y las normas interpretativas contenidas en los Arts. 1.282 y 1.284 del propio texto común. En relación con la Sentencia de 1 de Octubre de 1993, expone que, en su fundamento primero, niega que en el caso allí enjuiciado se hubiera producido, tal y como sostenía la Administración contratista, una novación contractual en el sentido de excluir la revisión de precios, habiéndose únicamente pactado que las modificaciones introducidas en el proyecto no comportaban la alteración del presupuesto. En fin, en lo que atañe a la otra Sentencia, la de 3 de Enero de 1982, aceptó los fundamentos de la apelada, en la que se decía que la cláusula 60 del P.C.G.A., conlleva que, si el contrato se modifica, el ajuste de precios que el pacto de revisión conlleva alcanza también a las unidades nuevas del proyecto reformado. Pues bien, a juicio de esta Sala, con este bagaje el actual recurso de casación para la unificación de doctrina está condenado al fracaso.

Pues bien, ninguna de las tres Sentencias de contraste comparte con la recurrida esas irrenunciables coincidencias. Empezando por la más antigua, hemos de subrayar que alude a un supuesto diferente del actual, pues allí los Tribunales de Justicia desestimaron el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el contratista contra la denegación administrativa a revisar los precios porque se refería a un proyecto adicional de la obra principal, cuya ejecución se pactó a riesgo y ventura del contratista. Como se ve, la realidad fáctica de aquel litigio difiere de la situación de OHL en el presente caso, no teniendo nada que ver la fundamentación de la resolución jurisdiccional con la que ahora se pretende que revisemos, sin perjuicio de que, si nos fijamos en el resultado, entrambos supuestos no existe contradicción, pues en los dos se negó la razón al contratista, declarando que no había lugar a la revisión que pretendía.

Otro tanto ocurre con la Sentencia de 1 de Junio de 1993, en la que no se trata de un contrato modificado cuyo precio se pactara con arreglo a lo dispuesto en el Art. 146.2, del Texto Refundido del año 2000, sino en la introducción de modificaciones en el proyecto inicial sin alterar el presupuesto. El marco normativo difiere y, por lo tanto, no existe la requerida identidad de fundamentos [véanse las Sentencias de 14 de Mayo de 2008, (casación para la unificación de doctrina 104/07, FJ 3º) y de 18 de Septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 266/07, FJ 6º)]. En fin, en relación con la más reciente cabe decir lo mismo, pues la *ratio decidendi* no se sitúa en la interpretación del mencionado Art. 146.2, o de otro anterior del que sea su epígono, sino en los preceptos del C. Civil relativos a la interpretación de los contratos, debiendo precisarse que no consta que, a diferencia de lo que ocurre en el caso que nos ocupa, el contratista diera su aprobación expresa a los precios de los proyectos reformados y adicional. En realidad OHL ha hecho un uso indebido de esta modalidad singular de recurso, actuando como si nos encontrásemos ante un recurso ordinario de casación por infracción de la jurisprudencia del T.S. [Art. 88.1.d), de la Ley 29/1998], intentando eludir la prohibición de impugnar las Sentencias que, pudiendo estimarse contrarias a derecho, no alcanzan los límites establecidos por el legislador para acceder a la casación común. Debemos insistir en que la jurisprudencia de esta Sala (véanse las Sentencias citadas *ut supra*) subraya que el objetivo de la casación para la unificación de doctrina consiste en potenciar la seguridad jurídica, pero no en cualquier circunstancia, como en

la modalidad general de casación, sino sólo cuando la inseguridad derive de la contradicción en que incurran las resoluciones judiciales en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (Art. 96.1). En consecuencia, su finalidad esencial no es tanto corregir la eventual infracción legal en que haya podido incidir la Sentencia impugnada, cuanto en reducir a la unidad los criterios judiciales diseminados y discrepantes.

Finalmente, citar un caso de Diciembre de 2011. Por la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana se desestimó en fecha 30 de Enero de 2004 la solicitud que formuló la entidad "DEOGRACIAS CANDEL, S. A. y MIDASCON, S. L., U.T.E."⁴⁸⁰. La Administración de la Generalidad Valenciana, en su escrito de formalización del recurso, aduce al amparo del Art. 88.1.d) de la Ley 29/98, infracción del Ordenamiento jurídico con respecto al precio de las unidades de obra no previstas en el contrato y a la doctrina del enriquecimiento injusto⁴⁸¹.

El tercero de los motivos de casación, al amparo del Art. 88.1.d) de la Ley Reguladora, se refiere a la infracción del Ordenamiento jurídico con respecto al precio de las unidades de obra no previstas en el contrato y a la doctrina del enriquecimiento injusto, con vulneración, según entiende la parte recurrente, de los Arts. 158 y 160 del R.G.C.E. Como se aprecia en la Sentencia recurrida, deben tenerse en cuenta, como ciertamente significativos, los siguientes extremos: 1º) Se ejecutaron unidades de obra dispuestas por la Administración contratante y se realizaron además con el conocimiento y el consentimiento de la Administración y si fueron realizadas, asimismo, en su beneficio, ha de reconocerse a la empresa que las realizó el derecho a

⁴⁸⁰ Ver S.T.S., de 15 de Diciembre de 2011, Nº de Recurso: 4643/2008, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

⁴⁸¹ Sobre este tema, sostiene la parte recurrente, con numerosas citas de jurisprudencia, que la Sentencia recurrida incurre en arbitrariedad al apreciar la prueba pericial vulnerando las reglas de la sana crítica y la valoración conjunta de la prueba practicada, habiendo empleado, a su modo de ver, un método prospectivo; por lo que la aceptación global de las conclusiones de la pericia y de las pretensiones de la entonces parte demandante –ahora recurrida- se hace con base en hipótesis y presunciones carentes de fundamento legal. En este sentido, pone de relieve que las diferencias en la medición pretendidas por la contratista y reconocidas en su totalidad por el perito fueron rebatidas pormenorizadamente en el escrito de conclusiones de la entonces parte demandada -aquí recurrente-, tomando como referencia el informe del director de obra, de fecha 7 de Abril de 2008, que desvirtuaba la pericia en relación con extremos tales como las unidades de obra que no se habían ejecutado, o eran duplicadas, así como los precios aplicados que no habían sido aprobados. Por último, la parte recurrente señala que, de conformidad con los Art. 158 y 160 del R.G.C., en los casos en que se estime necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, debe ser el director de la obra el que lo autorice, sin que en este caso consten las órdenes emitidas por la Dirección Facultativa ni la correspondiente aprobación por parte del órgano de contratación; motivo por el cual entiende la Administración recurrente que no cabe retribuir unidades de obra cuyo precio no figure en el proyecto. También, a su juicio, la Sentencia olvida que el Pliego de Condiciones constituye la "ley del contrato", con fuerza vinculante para la Administración y el contratista, que únicamente tiene derecho al abono de la obra con arreglo al precio convenido, sin que resulte jurídicamente procedente acordar modificaciones en el proyecto de obra, salvo cuando sean consecuencia de nuevas necesidades o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto correspondiente, desconociendo además la propia Sentencia que la doctrina del enriquecimiento injusto exige que las obras fuera de proyecto hayan sido admitidas por la Administración contratante, o se deban a actos de la misma o de la Dirección Facultativa de la obra, lo que no se ha acreditado en el presente supuesto.

su abono conforme a reiterada doctrina de esta Sala, que cita expresamente la propia Sentencia impugnada.

2º) El exceso en la ejecución de las obras, efectivamente realizado y entregado a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra, produce un enriquecimiento para la misma Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a aquella Administración Pública la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto, aplicable a los contratos administrativos como corrección al principio de su inalterabilidad. 3º) Habiéndose practicado en el proceso de instancia la pertinente prueba pericial judicial sobre los puntos objeto de discrepancia, la propia Sentencia significa que el perito judicial, tras examinar la documentación correspondiente y la aportada por la entonces demandante, llega a señalar hasta ciento diecinueve partidas discrepantes, consistiendo su método de trabajo en identificar todas y cada una de las diferencias, comprobar in situ la ejecución, así como su procedencia y sus mediciones y, en fin, revisar los precios aplicados y constatar pormenorizada y numéricamente la veracidad de lo reclamado, por lo que procede rechazar la primera argumentación del motivo. Tampoco cabe apreciar la vulneración del principio del enriquecimiento injusto en que se basa la segunda parte del motivo tercero. En efecto, debe recordarse, en virtud de reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala -por todas, Sentencia de 15 de Abril de 2002, (recurso 10381/1997)-, que el principio del enriquecimiento injusto, si bien en un primer momento, tanto en su inicial construcción, como en la posterior determinación de sus requisitos, consecuencias y efectos, fue obra de la jurisprudencia civil, su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, al menos desde los años sesenta del pasado siglo, viene siendo unánimemente admitida, aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas; siendo lo cierto, a juicio de la Sala, que la Sentencia recurrida aprecia correctamente la aplicación del referido principio a las concretas particularidades fácticas, que han quedado anteriormente expuestas, del supuesto objeto de la controversia suscitada. Debe recordarse así, conforme ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia de esta Sala Tercera - entre otras, Sentencias de 16 de Abril de 2002 (recurso 6917/1996), 23 de Junio de 2003 (recurso 7705/1997), 18 de Junio de 2004 (recurso 2000/1999) y 11 de Julio de 2005 (recurso 5557/2000)-, que los requisitos del mencionado principio del enriquecimiento injusto -como los que la jurisprudencia civil ha venido determinando desde la Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1956 -, son los siguientes: en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio, circunstancias que no concurren como consecuencia de la pretensión formulada por la parte actora en el proceso de instancia, de la que resultó una estimación parcial no generadora de ningún enriquecimiento injusto para dicha parte.

7.4.2. Sobre el nuevo precepto.

El Art.234.2 del T.R.L.C.S.P., dispone que: “Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijo o ejecutarlas directamente⁴⁸²”.

DOMÍNGUEZ OLIVERA, R⁴⁸³ señala que la situación descrita en este apartado concuerda con la del Art.92 *quáter* (modificaciones no previstas en el pliego; de ahí que sea necesario pactar precios contradictorios). Los precios contradictorios pactados se integran con los demás en el proyecto de obra y se certifican conjuntamente con éstos, aplicándoles a todos el coeficiente de adjudicación –Art.148.3 R.C.A.P.).

BELTRÁN GÓMEZ, A.I⁴⁸⁴, destaca que de suponer la modificación un aumento de obra, el contratista tendrá derecho al mayor precio resultante. ¿Es aplicable la baja de

⁴⁸²El Real Decreto 1098/2001, SECCIÓN 2. MODIFICACIONES EN EL CONTRATO DE OBRAS dispone: Art. 158. Precio de las unidades de obra no previstas en el contrato. 1. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación. 2. Los nuevos precios, una vez aprobados por el órgano de contratación, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 146.2 de la Ley. Art. 159. Variaciones en los plazos de ejecución por modificaciones del proyecto. 1. Acordada por el órgano de contratación la redacción de modificaciones del proyecto que impliquen la imposibilidad de continuar ejecutando determinadas partes de la obra contratada, deberá acordarse igualmente la suspensión temporal, parcial o total de la obra sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 146.4 de la Ley. 2. En cuanto a la variación en más o en menos de los plazos que se deriven de la ejecución de las modificaciones del proyecto aprobadas, se estará a lo establecido en el Art. 96 de este Reglamento, sin perjuicio de lo que proceda si hubiera habido lugar a la suspensión temporal, parcial o total. Art. 162. Reajuste del plazo de ejecución por modificaciones. 1. Cuando sin introducir nuevas unidades de obra las modificaciones del proyecto provoquen variación en el importe del contrato e impliquen la necesidad de reajustar el plazo de ejecución de la obra, éste no podrá ser aumentado o disminuido en mayor proporción que en la que resulte afectado el citado importe. El plazo se concretará en meses redondeándose al alza el número de días sobrantes que resulte. 2. Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.

⁴⁸³Ver, op.cit, p.251.

⁴⁸⁴ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit. BAL_05/2001 “En las modificaciones de los contratos administrativos que introduzcan nuevas unidades de obra, de bienes o de servicios, no comprendidas en el contrato o cuyas características difieren sustancialmente de ellas, se deberá aplicar al precio de las nuevas unidades el mismo porcentaje de la baja de adjudicación, cuando dichas unidades sean ejecutadas por el mismo contratista. ... si el contratista no acepta los nuevos precios fijados en la modificación del contrato, se podrá acudir a la contratación con otro empresario, como así lo permite el tan citado Art. 146.2 de la T.R.L.C.A.P., (234.2 T.R.L.C.S.P., 217.2 L.C.S.P.) donde podrá producirse la correspondiente baja en la licitación que tenga lugar, que coincidirá o no con la del contratista primitivo, pero que por mor

adjudicación a las nuevas unidades de obra como consecuencia de la modificación del contrato? ... Sí, cuando son ejecutadas por el mismo contratista. En el caso de que se acuda a una nueva licitación, habrá de estarse a la baja resultante del proceso).

La interpretación tradicional del precepto reproducido, consideraba ser éste un supuesto que exceptuaba la regla general de la obligatoriedad de la modificación para el contratista de la obra, de modo que si no estuviera conforme con el precio señalado para las nuevas unidades podría negarse a su ejecución, sin embargo la S.T.S., 3293/2011, considera que la negativa del contratista lo que abre es una posibilidad a la Administración para que ésta contrate tales unidades con un tercero, o las ejecute por si mismo pero, de no ejercer tal facultad, el contratista se verá obligado a ejecutar los nuevos trabajos a los precios señalados por la Administración, con independencia de la posibilidad de impugnarlos a través de los recursos correspondientes.

“... Es en este contexto en el que debe interpretarse el Art. 146.2, [Art. 234.2 T.R.L.C.S.P.] como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del Art. 149, letra e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración...”

De haberse establecido un sistema de retribución a tanto alzado con precio cerrado, el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir errores deficiencias u omisiones padecidos en la redacción del proyecto conforme a lo establecido en las letras a) y b) del apartado 1 del Art. 107. (Art. 233.2 T.R.L.C.S.P -216.2 L.C.S.P-). Esta transferencia del riesgo al contratista tiene su justificación en el hecho de que en las obras a tanto alzado y precio cerrado, el licitador tiene la posibilidad de forma previa a la presentación de su oferta, de comprobar la adecuación del proyecto a la realidad de la obra, para ello el órgano de contratación viene obligado a garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas y los licitadores están obligados a presentar un proyecto básico.

de todo el proceso de elaboración de los precios que se ha descrito, el presupuesto base de licitación habrá tenido el mismo punto de partida que el del contrato primitivo.

7.5. Modificación del proyecto a instancias del Director Facultativo.

7.5.1. Introducción.

En el Art.234.3⁴⁸⁵ se estipula que cuando el Director Facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones: a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma. b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días. c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos. No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.

El Consejo de Estado en el Dictamen 3268/1998, de 25 de Febrero de 1999, explica que la redacción del proyecto modificado se configura como una de las prestaciones a que viene obligado el director de la obra. En efecto, la doctrina ha considerado como una de las prestaciones propias del contrato de dirección de obra la revisión y en su caso rectificación de los vicios o defectos de que adolezca el proyecto. La misma solución deriva del Art.146.3.4 de la Ley 13/1995, que recogía el contenido actual excepto lo relativo al supuesto del 10%. En el apartado 4º se establecía que en el supuesto de que surjan determinadas incidencias en la ejecución del contrato de obras, la modificación del contrato no exigirá más trámite que la aprobación por el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, <<de la propuesta técnica motivada, efectuada por el Director facultativo de la obra>>. En la misma línea, el P.C.G.A., aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, disponía en su cláusula 59 que cuando sea necesario introducir modificaciones en el proyecto de las obras que rige el contrato, el Director redactaría la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquella. Pues bien, si esto es así con carácter general, con mayor razón lo será en el presente caso, en que el contrato de dirección de la obra fue adjudicado al interesado mediante procedimiento negociado y sin publicidad

⁴⁸⁵ En el Real Decreto 1098/2001, SECCIÓN 2. MODIFICACIONES EN EL CONTRATO DE OBRAS se dispone: Art. 160. Variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas. 1. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido. 2. Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, conforme a lo prescrito en el Art. 145 de la Ley, o con cargo al crédito adicional del 10% a que alude la disposición adicional decimocuarta de la Ley, en la certificación final a que se refiere el Art. 147.1., de la Ley, una vez cumplidos los trámites señalados en el Art. 166 de este Reglamento. No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas en el Art. 146 de la Ley, habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada. Art. 161. Modificación de la procedencia de materiales naturales. Se tramitarán como modificación del contrato los cambios del origen o procedencia de los materiales naturales previstos y exigidos en la memoria o, en su caso, en el pliego de prescripciones técnicas. Ver, Art.106.3 R.C.A.P.

precisamente porque él había sido el autor del proyecto inicial. En definitiva, por todo ello, debe concluirse que la obligación de redactar el proyecto de reformado, o la formulación de propuestas técnicas motivadas en el caso de que surjan incidencias en la ejecución del contrato de obras, son propias del contrato de dirección de obra⁴⁸⁶.

En relación con el apartado 4 señala DOMÍNGUEZ OLIVERA, R⁴⁸⁷ que “aunque la palabra <<modificado>> no es un sustantivo, sino un adjetivo, es común emplearla como tal. Este precepto de la L.C.S.P., fue el primer ejemplo de ello en la legislación de contratos. También se utiliza así en los preceptos introducidos por la Ley de Economía Sostenible. Fue una novedad de la L.C.S.P., referirse al acto de <<aprobación técnica>> como trámite con sustantividad propia respecto de la aprobación del proyecto.

BELTRÁN GÓMEZ, A.I⁴⁸⁸, sobre en el supuesto previsto en el Art. 234.3 T.R.L.C.S.P y 160 R.G.L.C.A.P, -variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas ordenadas por el director de las obras- entiende que no puede admitirse implícitamente ampliado el plazo de ejecución del contrato.

Cuando como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, se deberá, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, reajustarse la garantía en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación (Art. 99 T.R.L.C.S.P -87 L.C.S.P-)

Téngase en cuenta además, que en el supuesto de que la modificaciones introducidas no respeten los requisitos de procedimiento y competencia, como sucede por ejemplo, en el supuesto de que no teniendo competencia para ello la misma sea ordenada, expresa o tácitamente, por el director de la obras sin aprobación del órgano de contratación, el contratista que de buena fe ejecuta el exceso respecto a la prestación inicialmente pactada, tendrá derecho a ser indemnizado por la Administración. Así se ha reconocido en numerosas Sentencias (Ver p.ej. S.T.S. 8489/2011 y las citas a otras Sentencias en ella contenida), con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, doctrina aplicable así mismo para justificar la procedencia del abono de las obras complementarias no previstas en proyecto.

¿Puede entenderse implícitamente ampliado el plazo de ejecución del contrato? Se considerar que no y que requerirá una decisión expresa del órgano de contratación al respecto. Según el Informe MEH_74/2009 “1. Las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato no requieren aprobación explícita pero sí requieren pronunciamiento acerca de si de ellas se deriva o no la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato. 2. Si

⁴⁸⁶En cuanto al fondo del asunto sometido a consideración, la cuestión se contrae a verificar si media o no en el caso presente causa de resolución contractual. Se trata de un contrato de consultoría y asistencia, encuadrable en el Art. 197.2.a) L.C.A.P., que tiene por objeto la dirección -arquitecto- de las obras de reforma del edificio sede de las direcciones provinciales del INSS y de la TGSS en Valladolid.

⁴⁸⁷Ver, op.cit, p.252.

⁴⁸⁸ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

se acordara que procede la ampliación del plazo esta deberá hacerse de forma automática en forma proporcional al incremento porcentual del precio.”

7.5.2. El porcentaje del 10%.

a) Introducción.

En el Informe 74/09 de 23 de Julio de 2010, «Consulta relativa a si puede entenderse ampliado el plazo de ejecución en los contratos de obras de forma automática y en la misma proporción en que lo sea a unidades de ejecución, cuando concurra el supuesto previsto en el Art. 160 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

El precepto mencionado se refiere a aquellos casos en que se produzca una variación en el número de unidades de obra realmente ejecutadas respecto de las ediciones previstas en el proyecto. En tal caso, si las unidades de obra realmente ejecutadas suponen un incremento de gasto sobre el presupuesto primitivo del contrato que no exceda del 10 %, pueden considerarse aprobadas de modo tácito, es decir sin que sea precisa previa aprobación de las mismas. Esta norma tiene como finalidad evitar la dificultad de que desde el punto de vista de la gestión de la ejecución del contrato de obras pueden suponer ineptitudes en el proyecto, difíciles cuando no imposibles de evitar, y que tengan poca relevancia económica. Supone una excepción al principio de que las modificaciones deben ser aprobadas de forma expresa, razón por la cual ha sido incorporada al texto de la Ley de Contratos del Sector Público en su Art. 217.3 con el siguiente tenor: “No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato”.

Muy interesante es un Dictamen del Consejo de Estado de 2011⁴⁸⁹, donde se explica lo siguiente: “Así pues se está ante el supuesto de una desviación de la obra

⁴⁸⁹Ver Dictamen del Consejo de Estado de 24 de Noviembre de 2011. Número de expediente: 1736/2011, (FOMENTO). Referencia: 1736/2011. Asunto: Indemnización por trabajos adicionales en la ejecución del contrato de emergencia de obras de rehabilitación del Palacio de Tarín, de Zaragoza. Se inicia el presente procedimiento mediante reclamación presentada el día 29 de Marzo de 2011, en solicitud de indemnización por importe de 80.699,43 €, por los trabajos adicionales realizados en las obras de rehabilitación del Palacio de Tarín, de Zaragoza. Las obras a que se refiere fueron adjudicadas el día 12 de Abril de 2010 formalizándose el contrato administrativo el mismo día, por importe de 807.650,21 €, para su terminación antes del 30 de Junio de 2010. Las obras, para estabilizar el edificio y evitar su colapso, habían sido declaradas de emergencia el 29 de Enero anterior, siendo habilitado crédito para su presupuesto de ejecución. Con fecha 1 de Junio de 2010 y concluidas las obras, la adjudicataria solicita su recepción. Este se produce, finalmente, el día 6 de Octubre de 2010. El día 10 de Noviembre siguiente se firma la medición de la obra final realizada por la Dirección de Obra, y se constata que en el curso de la ejecución de las obras variaron las mediciones previstas y aparecieron dos unidades nuevas. Según el informe de la Dirección de Obra ello se debió a que hubo de ejecutarse una mayor longitud de micro pilotes para alcanzar el firme, y que inyectar mayor relleno. Se valora el exceso en 80.699,43 €. Se eleva propuesta de resolución estimatoria para el pago de esa suma. La Abogacía del Estado informa favorablemente dicha propuesta al considerar justificado el gasto. El Consejo de Obras Públicas considera en su dictamen que en primer lugar las dos unidades nuevas de obra a que se refiere la Dirección de Obra lo son por control de calidad (4.869,10 €) y gestión de residuos (3.477,95 €) por un precio total conforme

ejecutada respecto de la previsión del proyecto, en unidades de obra, a los precios del proyecto, que no requiere conforme a la Ley de Contratos del Sector Público (Art. 217.3 en la numeración resultante tras la Ley 2/2011, de 4 de Marzo) una previa aprobación de la modificación del contrato siempre que la variación no exceda del 10 % del presupuesto primitivo. No se está, por tanto, formalmente ante unos trabajos adicionales, sino ante una modificación del contrato relativa a las unidades de obra al precio del proyecto primitivo, autorizada por la Ley, y que como bien destaca el dictamen del Consejo de Obras Públicas, había de hacerse efectiva sin mayor dilación en la certificación final de la obra, correspondiéndose al saldo final a favor de la contrata resultante de la misma. Conviene a este respecto observar que la cantidad que se corresponde a esas unidades de obra nuevas no es la totalidad de lo reclamado. Como destaca el dictamen del Consejo de Obras Públicas una parte de las mismas se refiere a dos supuestas nuevas unidades de obra, sobre control de calidad y gestión de residuos, que no son tales. A la vista de ese juicio técnico, procede, teniéndolo en cuenta, abonar como saldo pendiente para la liquidación final de la obra la suma de 70.713,80 €”.

b) La Cláusula 62 del Real Decreto 3854/1970.

El precedente a esta norma hay que buscarlo en la Cláusula 62 del Real Decreto 3854/1970, Modificaciones no autorizadas. Ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente. Exceptuándose aquellas modificaciones que, durante la correcta ejecución de la obra, se produzcan únicamente por variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior

al presupuesto de adjudicación incluido I.V.A., de 8.985,63 €; estima que estas partidas no son obras adicionales sino conceptos relativos a control de calidad y gestión de residuos incluidos dentro de otras unidades de las propias obras de emergencia, por lo que no debe atenderse su pago. En cuanto a las desviaciones en las mediciones realizadas, que ascienden a 70.713,80 €, y que se calculan a los precios del proyecto, destaca que representa un 8,87% de incremento, desviación inferior al 10% y que, por tanto, hubo de abonarse sin más en la certificación final sin necesidad de tramitar el expediente por trabajos adicionales conforme al Art. 217.3 de la L.C.S.P. En tal estado, se solicita consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado al tratarse de una reclamación de indemnización por razón de los trabajos realizados adicionalmente a los contratados en las obras de referencia. A la vista de tales antecedentes, procede hacer las siguientes consideraciones: I. Se formaliza la presente reclamación por parte de la empresa en relación con la mayor cantidad de obra ejecutada por las obras de emergencia que le fueron adjudicadas, y que realizó en plazo. La reclamación presentada se ha tramitado al amparo del Art 97, del R.G.C.E. (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre), al estimarse que se trata de diferencias en la interpretación de lo convenido para la ejecución de la obra. Se ha procedido así al considerarse que se está ante un supuesto de trabajos adicionales realizados en beneficio de la Administración y detrimento de la contrata respecto del contrato de obras que le fue adjudicado. Ahora bien, como resulta del expediente y se pone de relieve en el dictamen del Consejo de Obras Públicas, se está ante un supuesto distinto, el de variación de las unidades de obra efectivamente realizadas en el curso de su ejecución, que se pone de relieve en el momento de efectuarse la certificación (y liquidación) final de la obra ya recibida. En efecto, se trataba de unas obras de emergencia, para evitar el colapso del edificio (Palacio de Tarín, en Zaragoza), y las estimaciones contenidas en el proyecto inicial no se correspondían a la realidad de las necesidades de cimentación tal y como fueron observándose durante la ejecución de la obra, lo que llevó al aumento de unas unidades y la disminución de otras (de estructura e ignifugado), tal y como se destaca en el informe de la dirección de obra y se constató, finalmente, al procederse a la medición final de la obra ejecutada para su pago.

al 10 % del precio del contrato. No obstante, cuando posteriormente a la producción de algunas de estas variaciones hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de otra naturaleza, habrán de ser recogidas aquéllas en la propuesta a elaborar, sin esperar para hacerlo a la liquidación provisional de las obras. Las modificaciones en la obra que no estén debidamente autorizadas por la Administración originarán responsabilidad en el contratista, sin perjuicio de la que le pudiere alcanzar a los funcionarios encargados de la dirección, inspección o vigilancia de las obras. En caso de emergencia, el Director podrá ordenar la realización de aquellas unidades de obra que sean imprescindibles o indispensables para garantizar o salvaguardar la permanencia de las partes de obra ya ejecutadas anteriormente, o para evitar daños inmediatos a terceros. La Dirección deberá dar cuenta inmediata de tales órdenes a la Administración contratante, a fin de que ésta incoe el expediente de autorización del gasto correspondiente.

Sobre este precepto resulta de gran interés el Informe de la J.C.C. 71/1999, de 11 de Abril de 2000, explica que⁴⁹⁰ con carácter general se han venido acreditando en certificación pequeños excesos de medición en partidas individualizadas sobre lo proyectado, siempre que exista crédito suficiente aprobado, y ello con independencia de su obligada inclusión en las modificaciones autorizadas en los términos exigidos en la C.62 del P.C.G.A. y, en todo caso, con el límite del 10% global (no capítulo a capítulo), del precio del contrato, tal y como se establece en dicha cláusula 62. Tal práctica, normalmente aceptada por el órgano fiscalizador responde a: - Las obras públicas requieren un proceso constructivo artesanal con interrelaciones fuertes con el terreno (y en las hidráulicas, con el agua), de gran variabilidad, y con el entorno físico, sometido a una continua evolución por razones políticas, económicas, sociales, urbanísticas, etc., en total contraposición con las actividades productivas industriales, automatizados y, en gran medida, exentas de alteraciones o riesgos. Estas incidencias pueden determinar pequeñas variaciones de medición sobre las previsiones, en más o en menos. Las mediciones de las unidades de obra ejecutada han de ser tomadas como base de la Relación valorada (C.46), base a su vez de la certificación (C.47). Dado que las variaciones negativas no se acreditan, mantener los excesos sin abonar supone un alejamiento de la realidad de la ejecución (además de un perjuicio para el contratista), dados los plazos necesarios para tramitar las incidencias de obra. Se daría incluso la circunstancia de no poder acreditar el gasto aprobado teniendo exceso de mediciones no acreditadas. Se deduce de lo anterior la conveniencia de incluir, con las limitaciones normativas citadas, las unidades ejecutadas, cuando, además y por otra parte, no existe ninguna determinación normativa sobre su exclusión. (Las instrucciones para cumplimentar el impreso de certificación (O.M. 512-84) al explicar el contenido de la casilla de obra ejecutada que no se acredita indican que se consignará en ella el importe

⁴⁹⁰ Interpretación de la normativa vigente sobre la fase de ordenación de pagos en obras restantes actuaciones habituales en la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas. Interpretaciones restrictivas de los principios e indicaciones del Real Decreto 2188/95 y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 4/7/97, pueden dar como resultado la necesidad de identidad entre todas y cada una de las partidas contenidas en el proyecto o Pliego de Prescripciones Técnicas y las recogidas en la Relación valorada que acompaña al documento pertinente de ordenación del pago (certificación, etc.) derivadas de la ejecución real. Resultado semejante puede producirse sobre los modificados de obras en curso cuyas certificaciones están en fase de pago. Esta situación no es común ni semejante en el conjunto de los centros gestores de la Administración con volumen inversor alto en obras de ingeniería civil.

que "por cualquier motivo" no se acredita, sin hacer mención a los excesos de medición, y es aceptable que tal falta de mención no es dejación sino eliminación implícita, dada la importancia y aparición habitual en las obras de tal incidencia. Habitualmente, pero sin ninguna obligación legal sobre ello, las unidades de obra se organizan en el Proyecto en capítulos respondiendo a una ordenación del proyectista. Pero este planteamiento, cuando se pasa a la fase de ejecución, no siempre es adaptable a la organización real de los trabajos y métodos ejecutivos del contratista adjudicatario que realizará las obras según su propia oferta (y a su riesgo y ventura). Ello determina que el buen control de la obra exija, a veces, reordenar los capítulos iniciales previstos en otros capítulos, resultando de ello que las mediciones de unidades de obra pueden experimentar, capítulo a capítulo, variaciones respecto a lo proyectado que no son tales en el conjunto de la obra. La imposibilidad de elaborar un Proyecto que prevea todos los condicionantes de su ejecución y defina de manera absoluta los detalles puntuales de las obras, exige adoptar durante la ejecución decisiones sobre pequeñas acciones de adaptación a las condiciones específicas del entorno. Estas decisiones no pueden tener el concepto de modificación ya que en modo alguno son sustanciales, ni alteran el Proyecto aprobado en sus objetivos ni responden a unidades de obras nuevas sin precio aprobado. Redundan sobre la imposibilidad citada las indicaciones del P.C.G.A., sobre como corregir obras defectuosas o en mal estado (C.43) con independencia de que hayan sido incluidas en certificaciones parciales. O las salvedades (C.45) sobre obra que posteriormente quede oculta. Admitiendo la dificultad de establecer el límite entre adaptación y modificación, parece obvio que, en ejercicio de sus funciones facultativas, el Director de las Obras adopte decisiones, no calificables como modificaciones, que impliquen variaciones en las mediciones, utilizando en cualquier caso unidades de obras con precios aprobados. Variaciones cuya inclusión en la certificación deberá ser posible, con independencia de que sean recogidas posteriormente en un modificado de obra, si se produce, o en la liquidación, (donde, evidentemente, se señalará su situación de pagadas a buena cuenta).

Excesos de mediciones de la obra en curso sobre lo recogido en la Modificación en trámite de aprobación. En ocasiones, la dilatada tramitación de las incidencias contractuales y las dificultades presupuestarias para su dotación económica, han determinado que los excesos de medición acreditada superen las mediciones recogidas en los proyectos de Modificación que se someten a fiscalización (aprobados técnicamente tiempo atrás). La citada cláusula 62 determina la obligatoriedad de incluir en la Modificación los excesos de medición producidos hasta la fecha de su realización. La normal ejecución de las obras produce que, una vez cumplimentada esta disposición e iniciada la tramitación de la modificación puedan aparecer nuevos incrementos sobre las mediciones recogidas en el documento tramitado en aquellas unidades de obra no suspendidas, que no resultan afectadas por la modificación tramitada. De esta forma, y con la práctica habitual de acreditar en certificaciones las mediciones realmente ejecutadas aparecen cuantías que superan los incrementos de medición que figuran en la Modificación sin que ello suponga vulneración de precepto alguno ni impedimento para su tramitación, contratación y ejecución siempre que no superen en su conjunto el 10 % del precio del contrato vigente en excesos de medición de dichas unidades.

El sub apartado 2 del apartado C, se refiere la interpretación aplicable a la acreditación de obra ejecutada, indicando que con carácter general se han venido

acreditando en certificación pequeños excesos de medición en partidas individualizadas sobre lo proyectado, siempre que exista crédito suficiente aprobado, y con independencia de su obligada inclusión en las modificaciones autorizadas en los términos exigidos en la cláusula 62 del P.C.G.A., y, en todo caso, con el límite del 10% global del precio del contrato, aportando la justificación a tal conducta. Es principio sentado por reiterada jurisprudencia que la Administración debe pagar la obra que realmente ejecute el contratista a los precios convenidos, por lo que en las relaciones valoradas que deberá confeccionar el Director de la obra deberá asentarse tal criterio. Muy rara vez en los contratos de obra la cifra final resultante de la liquidación del contrato coincide con el presupuesto de la obra, siendo este último un cálculo obtenido como suma de productos de mediciones por precios unitarios a los que se añaden las reglamentarias partidas alzadas seguida de los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial. Al aplicar la baja de licitación a la cifra del contrato, por simples operaciones aritméticas, esta operación se traduce en la aplicación de la baja de licitación a todos y cada uno de los precios del contrato. Es un sistema este de la descomposición del precio del contrato en precios unitarios que tiende a hacer posible un control más efectivo y analítico de la ejecución de la obra y en el que el presupuesto en su contenido global no vincula contractualmente salvo para determinar la baja del proceso de licitación y eventualmente la referencia del 100 a efectos de cálculo de la variación porcentual de los proyectos reformados. De las consideraciones anteriores se puede obtener la conclusión de que al no ser contractual el presupuesto global y sí los cuadros de precios de las unidades de obras, las mediciones iniciales de éstas incluidas en el proyecto no son invariables al estar sujetas al resultado de la ejecución, salvo en supuestos de resolución del contrato donde han de aplicarse las determinaciones contenidas en el cuadro de precios descompuestos de las unidades de obras. El Art. 146 L.C.A.P., impone al contratista la obligación de asumir las modificaciones del contrato que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra, o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que sea una de las comprendidas en el contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 150. e), de dicha Ley, que tipifica como causa de resolución del contrato las modificaciones del presupuesto que implican alteraciones del precio del contrato, en más o menos, en cuantía superior al 20% del importe de aquel y cuya concurrencia faculta a la Administración a la resolución del contrato y al contratista a instarla, debiendo allanarse a la resolución cada una de ellas cuando la otra parte reclame el derecho a la misma de conformidad con lo dispuesto en el Art. 161 del R.G.C. No obstante, la variación porcentual del 20 por 100 se puede de ver limitada por el Art. 151 al poderse presentar la situación de que utilizando en la modificación las mismas unidades del contrato principal, se produzca una variación inferior al 20% modificándose los fines y características básicas del proyecto inicial y, como consecuencia, la posibilidad de otorgar a las dos partes contratantes si se cumple este requisito la resolución del contrato debiéndose nuevamente allanarse una de las partes cuando la otra reclame su derecho a la misma.

El legislador en la cláusula 62 del P.C.G.A., prohíbe introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente. No obstante, se introduce la excepción respecto de aquéllas que durante la correcta ejecución de la obra se produzcan únicamente por variación en el número de las unidades de obra ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto, en las mediciones de las unidades

del contrato principal las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, hoy liquidación única y definitiva, que en la nueva redacción del Art. 147 de la Ley introducida por la Ley 53/1999, de 28 de Diciembre, de modificación de la L.C.A.P., se configura como certificación final de las obras, siempre que no representen un incremento de gasto superior al 10% del contrato. Cuando posteriormente a la producción de alguna de estas variaciones hubiese necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de otra naturaleza, habrán de ser recogidas aquéllas en la propuesta de modificación sin esperar para hacerlo a la liquidación del contrato habida cuenta que recibidas las obras no es posible presentar ni tramitar ninguna modificación.

Por lo tanto, se considera que es compatible con el ordenamiento jurídico que se introduzcan modificaciones que consistan en variaciones de las unidades del contrato amparado en la correcta ejecución de la obra sin solicitar la autorización del órgano de contratación, todo ello con la citada limitación del 10% y sin vulnerar el contenido normativo del Art. 150.e, que, por acumulación podría superar el 20% y, consecuentemente, podría dar lugar a la resolución del contrato por una de las partes.

En cuanto se refiere a las modificaciones del contrato de obras el Art. 146.3.c, exige la aprobación de expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos, que obviamente requerirán la existencia de crédito adecuado y suficiente. El mismo artículo en su apartado 4, respecto de la tramitación de modificados que exijan la suspensión temporal de la ejecución de las obras, cuando la modificación sea inferior al 20% del contrato primitivo, requiere el cumplimiento de unos trámites mínimos, justificados por la necesidad de la continuidad de las obras, trámite que entre otros requisitos exige la existencia de crédito justificada mediante la aportación del correspondiente certificado, haciendo coincidir la autorización del Ministro de iniciar provisionalmente las obras con la aprobación del gasto. El P.C.A.G. señala en la cláusula 47 que la certificación se tramitará en los diez días siguientes al periodo a que correspondan.

El sub apartado 4 del apartado C plantea la cuestión relativa a la inclusión en las certificaciones de obras los excesos de mediciones de obras respecto de lo que se define en el expediente de modificación en trámite de aprobación.

En primer lugar deben hacerse concretas referencias a la cuestión que se plantea. Se señala que "en ocasiones, la dilatada tramitación de las incidencias contractuales y las dificultades presupuestarias para su dotación económica, han determinado que los excesos de medición acreditada superen las mediciones recogidas en los proyectos de modificación que se someten a fiscalización (aprobados técnicamente tiempo atrás)". Como ya se comentó anteriormente, de conformidad con lo establecido en los Arts. 146 de la Ley y 154 y 155 del Reglamento no es posible la iniciación de las obras correspondientes a las modificaciones hasta que las mismas hayan sido aprobadas, salvo el supuesto de autorización del Ministro de continuidad de las obras cuando la modificación sea inferior al 20% del contrato primitivo, autorización que, como se ha indicado, implica la aprobación del gasto, por lo que no se alcanza a comprender como se decide por el Director de la obra la ejecución de una modificación sin la aprobación de la misma, ya que según se indica en el texto de la consulta se ha producido la aprobación técnica, pero no se concreta si se ha aprobado la modificación y si se ha

formalizado en los términos establecidos al efecto. Si así hubiera sido en este último caso, la posible insuficiencia de dotación presupuestaria es cuestión ajena a este informe habida cuenta que deberá ser corregida en la forma establecida por la norma presupuestaria, debiendo considerarse en todo caso que tanto respecto del contrato principal como de sus modificaciones rige la previsión de la cláusula 62 del P.C.G.A.

En segundo lugar se señala en la consulta que "la citada cláusula 62 determina la obligatoriedad de incluir en la modificación los excesos de medición producidos hasta la fecha de su realización. La normal ejecución de las obras produce que, una vez cumplimentada esta disposición e iniciada la tramitación de la modificación puedan aparecer nuevos incrementos sobre las mediciones recogidas en el documento tramitado en aquellas unidades de obra no suspendidas, que no resultan afectadas por la modificación tramitada". Parece deducirse del texto, en sentido literal que se expresa, que se han de incluir en la modificación los excesos de mediciones producidas, cuestión que obviamente se opone a lo establecido en los Arts. 146 de la Ley y 154 y 155 del Reglamento, toda vez que no podrá producirse exceso de medición de unidades de obra correspondientes a la modificación hasta que esta sea aprobada, por carecer no solo de expediente aprobado, sino también del requisito de existencia de crédito adecuado y suficiente y de la aprobación de gasto correspondiente, especificados en el Art. 11.2 de la Ley, excepción hecha de la previsión contenida en el Art. 146.4 de la misma en la que la autorización del Ministro conlleva la aprobación del gasto y consecuentemente de los recursos para atender el pago de las cantidades devengadas. Pero si la modificación ha sido aprobada procede el abono de las obras resultantes por su descripción en la relación valorada a resultados de la medición general de la obra, y si se refiere a unidades de obra que no resultan afectadas por la modificación tramitada, evidentemente han de someterse a las actuaciones correspondientes al contrato principal que las regula.

Sin embargo, debe reiterarse, que en las unidades de obras ejecutadas, su medición y posterior acreditación en certificaciones de obras, por su carácter de abono a cuenta, todo pago tiene que ser consolidado en la medición general y posterior liquidación del contrato, con los límites establecidos en los elementos reguladores del mismo.

c) Interpretación de la expresión “precio primitivo del contrato”.

En el Informe de la J.C.C.A., 71/1999, de 11 de Abril de 2000, se explicó que en relación con esta cláusula la Junta Consultiva de Contratación en sus Informes 135/1982, de 18 de Noviembre de 1983 y 59/1983, de misma fecha, ha abordado el tema del concepto de precio a los efectos de calcular el 10% adicional por defectos de medición a que se refiere la cláusula 62 del P.C.G.A. Explica la Junta que “la interpretación de la Subdirección sobre esta cláusula es la siguiente: cuando existe un reformado dentro del tope del 10%, caben las variaciones que se hubieran producido en la obra a partir del nacimiento del modificado. No debe ser computado, por el contrario, en el 10% de la liquidación las variaciones que hubiesen tenido lugar en las partes de obra ejecutadas con antelación a la reforma [...] una vez surgido un reformado, éste puede y debe abarcar tanto las alteraciones que se prevén como ya las habidas una vez aprobado un reformado, el transcurso normal de la obra subsiguiente no tiene por qué verse impedida de acoger las nuevas variaciones de unidades que se produzcan hasta el tope del 10% de la liquidación provisional sobre el presupuesto que reste por ejecutar

[...] La específica naturaleza de estas variaciones, imposibles de fijar rigurosamente, hace que las mismas se produzcan con gran frecuencia, sin que su nacimiento suponga incorrección en la ejecución de la obra, ni falta de previsión en el proyecto [...] Si la expresión <<precio del contrato>> comprende exclusivamente el precio inicial de adjudicación o, también, el importe de las modificaciones o reformados autorizados y el de la revisión de precios, para cuya resolución es necesario acudir a los elementos interpretativos que actualmente consagra el Art. 3.1 del C. Civil [...] La interpretación literal de la citada cláusula 62 conduce a una primera conclusión negativa, consistente en que la expresión que utiliza de <<precio del contrato>> no puede identificarse, sin más, con la de <<precio de adjudicación>> [...] Esta conclusión [...] se ve reforzada con la interpretación sistemática [...] de la cláusula de referencia [...] En resumen, puede afirmarse que en el ámbito de la contratación civil y mercantil, cuando se hace referencia al precio del contrato debe comprenderse en dicha expresión no sólo el inicialmente pactado, sino también las modificaciones que, por diversas causas, se produzcan en su cuantía durante la vigencia del propio contrato. La J.C.C., entiende que la expresión <<precio del contrato>> contenida en la cláusula 62 del P.C.G.A., debe interpretarse en el sentido de que comprende no sólo el importe del precio de adjudicación del contrato, sino también en su caso, el de las modificaciones o reformados autorizados y el de aplicación de las cláusulas de revisión de precios y, en consecuencia, que el límite del 10% de incremento del gasto para las posibles modificaciones a introducir por el contratista o director ha de jugar en relación con estos conceptos y no exclusivamente teniendo en cuenta el precio de adjudicación.

Subrayar, que el porcentaje señalado del 10% lo es en relación al precio, no al número de unidades, las cuales podrán alterarse en más o en menos, siempre que no se supere el límite del 10% del precio⁴⁹¹.

¿La expresión “precio primitivo del contrato” que recoge el Art. 234.3 T.R.L.C.S.P –Modificación del contrato de obras-, se refiere exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal, o también al importe de la revisión de precios y en su caso al importe de las modificaciones? Debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato).

En la expresión “precio primitivo” debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato. CAT_08/2008 [El límite del 10% adicional previsto en el Art. 217.3, segundo párrafo, de la L.C.S.P -234.3 T.R.L.C.S.P-, y en el Art. 160 del R.G.L.C.A.P], “... hace referencia al precio primitivo del contrato, entendido como precio de adjudicación del contrato, sin que se puedan tener en cuenta, a tal efecto, ni ulteriores modificaciones aprobadas ni contratos complementarios.” MEH_37/2007 “Por lo expuesto, la J.C.C.A., entiende que en la expresión precio primitivo del contrato debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación, computando o no el importe correspondiente al

⁴⁹¹ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit, señala que las variaciones, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales... o con cargo al crédito adicional del 10%... No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas... [para el contrato de obras]..., habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada.(Art. 160.2).

Impuesto sobre el Valor Añadido en los supuestos en que la norma determina o no su exclusión, y que en los supuestos en que se produzca la revisión de precios, conforme a las normas establecidas al efecto, tal importe deberá actualizarse por la repercusión sobre el mismo de los índices o fórmulas de revisión aplicables en el tiempo, sin que sobre tal resultado puedan aplicarse los importes resultantes de las posibles modificaciones del contrato.”

¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido? Si, habrá de prescindirse del I.V.A., MEH_32/1995 “...La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ... (entiende)... que la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del I.V.A., pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato.”

d) Otras cuestiones.

El porcentaje del 10% plantea otras muchas cuestiones particulares⁴⁹².

En primer lugar, a los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los Arts. 107.3 d, T.R.L.C.S.P (92 *quáter* 3.d.), 234.3 T.R.L.C.S.P. (217.3 L.C.S.P) y 160 R.G.L.C.A.P ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?

Hay que considerar el Informe 16/06, de 30 de Octubre de 2006. «Interpretación del Art. 160.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a su aplicación a las variaciones en las mediciones». Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Argés (Toledo) se dirige a la J.C.C.A.: «Durante la realización de obras en ejecución de los diversos contratos de obra adjudicados se vienen produciendo desviaciones respecto a las mediciones de las unidades de obra, existiendo dos opiniones fundadas por parte de los Técnicos Municipales respecto a la necesidad de tramitar una modificación del contrato. Ante lo controvertido de las cuestiones parece conveniente elevar consulta al citado órgano. La interpretación que nos parece más acertada es la que mantiene que en aplicación del Art. 160.1 del R.G.L.C.A.P aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre para la aplicación de la exención de la necesidad de modificación del contrato sólo han de considerarse los excesos de medición, sin tener en cuenta en el cálculo del 10 % del precio los defectos de medición. Como motivación adicional debemos referirnos tanto al Art. 160.2 del R.G.L.C.A.P, en el que se determina la forma de tramitar las variaciones, estableciendo que "Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales, o ... en la certificación final", como al Art. 147 del R.G.L.C.A.P., que regula la forma en

⁴⁹² Ver Informe 35/98, de 11 de Noviembre de 1998. "Posibilidad de incrementar el presupuesto de seguridad y salud en el trabajo en los casos de proyectos modificados con adicional de obra".

que se efectuará la "medición de las unidades de obra ejecutada", medición que sirve de base para la redacción de la relación valorada (Art. 145 del T.R.L.C.A.P.), y sobre cuya base se expedirá la certificación de obra, que, de conformidad con el Art. 145 del T.R.L.C.A.P., comprende "la obra ejecutada. Por tanto, de la literalidad de los anteriores preceptos parece desprenderse que la alteración del número de unidades realmente ejecutadas únicamente debe entenderse referida a los excesos de medición, dado que son los únicos susceptibles de medirse, incluirse en las relaciones valoradas y certificarse, debiéndose tramitar las supresiones o reducciones de unidades por la vía de las modificaciones de contrato (Art. 146 del T.R.L.C.A.P.). Esto implica que para el cálculo del límite de las variaciones sin previa aprobación, y que se concreta en que el incremento del gasto no sea superior al del 10% del precio primitivo del contrato, se deberían tomar en consideración únicamente los excesos de medición, considerando las siguientes premisas: 1. En todo caso, habrán de ser referidos a la totalidad de las unidades que conforman el proyecto, calculándose de manera conjunta para todas las unidades que incluye el proyecto y no de manera independiente para cada una de ellas. - Únicamente se computan para el cálculo los excesos de medición sobre unidades de obra realmente ejecutada, sin que puedan compensarse los defectos de medición que se produzcan en otras unidades. A la vista de lo anteriormente expuesto, y de acuerdo con el Art. 10 del T.R.L.C.A.P., respecto a las competencias que se le otorga a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y siguiendo las normas que se regulan en el Art. 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de Enero, de régimen orgánico y funcional de ese órgano consultivo, se solicita a que se tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y en su virtud, se tengan por formuladas las siguientes consultas, para que, tras los trámites oportunos, y en atención a lo expuesto, se dicte Informe sobre la interpretación adecuada del Art. 160.1 del R.G.C.E., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre respecto a: ¿Las denominadas alteraciones en el número de unidades realmente ejecutadas únicamente hacen referencia a los excesos de medición, o deben entenderse referidas también a defectos de medición?

¿Para el cálculo del límite del 10% del gasto únicamente deben tomarse en consideración los excesos de medición producidos, o cabe la posibilidad de compensar excesos con defectos de medición en el cálculo de dicho límite?».

Las cuestiones que se plantean en el presente expediente hacen referencia a la interpretación del Art. 160.1 del R.G.C.E., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, en concreto, y como primera cuestión, se plantea si lo previsto en el citado artículo es de aplicación únicamente a los denominados "excesos de medición", es decir, a la ejecución de más unidades de obra de las previstas en el proyecto, o si por el contrario, las previsiones de dicho artículo serían también de aplicación a los "defectos de medición" o los supuestos en los que el número de unidades realmente ejecutadas es inferior a las previstas en el proyecto. En relación con lo anterior, conviene señalar que el citado Art. 160.1 del R.G.C.E. bajo el título de "variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas" declara que "solo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido". Lo primero que resulta del examen del precepto es que el mismo se refiere a variaciones en el número de unidades ejecutadas

sobre las previstas en las mediciones del proyecto, lo cual implica tanto aumento como disminución en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto. El único requisito que exige el reglamento para poder introducir estas variaciones sin necesidad de aprobación por el órgano competente y, por tanto, sin necesidad de tramitar el oportuno expediente administrativo, es que tales alteraciones no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato I.V.A., excluido. Es evidente que este último requisito negativo no puede darse en los supuestos de defectos de medición, lo que lleva a concluir que los mismos son aceptados por el reglamento sin someterlos a ninguna limitación, todo ello sin perjuicio del derecho de resolución del contrato que, en su caso, pueda ejercer el contratista de conformidad con lo previsto en el Art. 149 del T.R.L.C.A.P.

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas en el escrito de consulta sobre si cabe posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10%, entiende esta Junta Consultiva que no existe ningún impedimento para ello, puesto que el Art. 160 del R.G.L.C.A.P., se refiere a "variaciones" y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10% ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.

Por lo expuesto, la J.C.C.A., entiende que lo dispuesto en el Art. 160.1 del R.G.C.A.P., es de aplicación tanto al aumento como a las minoraciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas. Por otro lado, la utilización del término "variaciones" en el ya citado Art. 160, implica la posibilidad de compensar excesos en la ejecución de determinadas unidades de obra con defectos en la ejecución de otro tipo de unidades de obra sobre las realmente previstas, siendo el "exceso" o "defecto" de medición final aquel sobre el que se aplica el límite del 10 por 100 del precio primitivo del contrato.

Desde la perspectiva actual no cabe la compensación. Hasta la modificación introducida en la L.C.S.P por la Ley de Economía Sostenible (Art. 92 *quáter*.3.d.) la respuesta era afirmativa, a partir de ésta –parece que- la respuesta ha de ser negativa (en el sentido ya adelantado por el Informe 10/2003 de la J.C.C.A. de Baleares⁴⁹³ y recogido en el Informe 16/06 que acabamos de citar) ya que "...sobre si cabe posibilidad de

⁴⁹³ En el Informe de la J.C.C.A de Baleares 10/2003 "... Dicho esto y atendiendo a las anteriores consideraciones de este informe, podría afirmarse la posibilidad de proceder a compensaciones en tres unidades de obra positivas y negativas siempre que ello no supusiese incremento alguno del presupuesto primitivo del proyecto o que, suponiéndolo, no representase más del 10% de éste. Ahora bien, si lo anterior es cierto, no menos lo es, el que por vía de la compensación de unidades de obra positivas y negativas estemos desvirtuando el proyecto de obra modificándolo sustancialmente, en definitiva por la vía de la compensación se procedería a la modificación del objeto del contrato, en este caso de un proyecto de obra. En todas estas actuaciones del *ius variandi* la solución, en cuanto afecte a la contratación pública, como ya se ha dicho, tiene que examinarse desde un punto de vista restrictivo, por lo que la compensación de unidades de obra, siendo una modificación contractual, tiene que interpretarse restrictivamente y con ello afirmar que la compensación no podrá suponer en ningún caso, una substancial variación del proyecto primitivo, ni en las calidades ni en las cantidades de las unidades de obra proyectadas y aunque con ello no se sobrepase el presupuesto primitivo del proyecto. Caso contrario tendrá que procederse a la apertura del procedimiento de modificación de los contratos."

compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10%, entiende esta Junta Consultiva que no existe ningún impedimento para ello, puesto que el Art. 160 del R.G.L.C.A.P., se refiere a “variaciones” y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10% ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.” El Art. 234.3 (último párrafo) T.R.L.C.S.P., reproduce prácticamente en su totalidad el Art. 160.1 R.G.L.C.A.P., si bien a diferencia de éste, aquél utiliza la expresión “alteración” en lugar de “variación” sin que, opino, dicho cambio en el término, deba llevar a una conclusión diferente. 160.1.-R.G.L.A.P. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato, I.V.A. excluido. Art. 234.3 L.C.S.P. No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.

En segundo lugar, ¿el porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 T.R.L.C.S.P -217.3 L.C.S.P-), se ha de entender incluido y acumulado al límite del 10% al que hace referencia el Art. 107.3.d T.R.L.C.S.P -92 *quáter* 3.d. L.C.S.P-, a los efectos de la consideración de la modificación como una alteración esencial del contrato?

La respuesta ha de ser negativa. En el Informe 23/2011, de 12 de Septiembre, de la J.C.C.A de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible se analiza la inclusión del 10% de los eventuales excesos de medición en los contratos de obras en el límite del 10% del precio de adjudicación, para la consideración de alteración de una condición esencial prevista en el Art. 92 *quáter*, apartado 3 d), de la L.C.S.P.

Resolver la segunda cuestión que se plantea por la Universidad de Zaragoza a esta Junta Consultiva, sobre si en el límite establecido por el Art. 92 *quáter*, apartado 3 d) de la L.C.S.P — 10% del precio de adjudicación del contrato— se incluyen también los excesos de medición de las certificaciones finales (se entiende en un contrato de obras), o bien puede entenderse que para que se consideran alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, el límite sería el 10% de las modificaciones más el 10% de los excesos de mediciones de las certificaciones finales, exige realizar unas consideraciones previas. Como es sabido, el nuevo régimen de los modificados de los contratos públicos tras la L.E.S., introduce dos categorías de modificaciones contractuales: causas previstas en la documentación de la licitación del contrato —o «modificaciones convencionales», en la terminología de la Circular de la Abogacía del Estado antes citada— y causas no previstas en la documentación —o «modificaciones legales, en dicha terminología»—. Es el Art. 92 *quáter* L.C.S.P., el que regula las causas no previstas, estableciendo una serie de circunstancias tasadas cuya concurrencia se debe justificar suficientemente, siendo preciso además que no se alteren las

condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación, y que se siga el procedimiento legalmente establecido. Para determinar cuándo se alteran estas condiciones esenciales, la ley introduce una presunción de aquellos supuestos en los que se considera que existe una alteración de las condiciones esenciales del contrato, figurando entre los supuestos en la letra d) del apartado 3 del precepto el siguiente: «cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en mas o en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite». J.C.C.A., de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por otra parte, en la regulación de la modificación del contrato administrativo de obras, contenida en el Art. 217 L.C.S.P., se mantiene inalterada tras la reforma operada por L.E.S la redacción del último párrafo de su apartado 3, que señala textualmente: «No obstante podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato» Como ya señaló esta Junta Consultiva en su reciente Informe 9/2011, de 6 de Abril, sobre variación de unidades de obra y modificaciones en contratos de obras, cuyas consideraciones generales también se dan por reproducidas a los efectos de este informe, éste es «un supuesto de modificación contractual — solo para contratos administrativos—, en el que la especialidad es la ausencia de su tramitación como tal». Nos encontramos en este caso concreto con un supuesto específico de modificación legal de larga tradición en nuestro derecho, prevista, no ya en los pliegos o en el anuncio como exige el Art. 92 *ter* L.C.S.P., sino en la propia Ley y aplicable únicamente a una categoría de contratos —el administrativo de obras—, lo que no impide que la figura pueda recogerse para contratos privados de tal naturaleza como un supuesto de modificación prevista del Art. 92 *ter* L.C.S.P., en los correspondientes pliegos o en el anuncio de licitación. De lo anterior se concluye que el supuesto previsto en el Art. 217.3 L.C.S.P., nada tiene que ver con las circunstancias y condiciones recogidas en el Art. 92 *quáter* L.C.S.P., ya que, por una parte, entre las circunstancias recogidas en las letras a) a e) del apartado 1 de este último precepto no figuran los excesos de medición en las unidades finales de una obra y, por otra, los supuestos en los que se considera se produce una alteración esencial lo son exclusivamente — como señala el precepto— «a los efectos de lo previsto en el apartado anterior», sin que puedan extrapolarse a otros supuestos, como el contenido en el Art. 217.3 L.C.S.P., que tiene una finalidad propia. Téngase en cuenta además que la modificación legal prevista en el Art. 217.3 L.C.S.P en su caso va a producirse, con su específica y sencilla tramitación, una vez ejecutadas las unidades de obra en mayor número del previsto, (la norma se refiere a «unidades realmente ejecutadas»), a diferencia de las circunstancias imprevistas del Art. 92 *quáter* que requieren de la instrumentación de un expediente de modificación en los términos previstos en el Art. 92 *quinquies* L.C.S.P., con carácter previo a su ejecución. En este mismo sentido se pronunció la J.C.C.A., del Estado en su Informe 43/2008, de 28 de Julio, al señalar respecto del posible adicional de obra que se aprecie en la medición de ésta que: «Este adicional es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos y siempre que no superen el 10% del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna. En su consecuencia, aunque sean frecuentes, no

forman parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato». Esta conclusión no significa, como parece desprenderse del escrito de consulta, que el límite del 10% del Art. 92 *quáter* L.C.S.P., pueda calcularse sobre el precio de adjudicación mas el posible incremento de gasto del 10% como exceso de medición de unidades previstas, sino que ambos porcentajes máximos, cuya base de cálculo es además diferente, serán compatibles e independientes entre sí. Así, respecto de la cuestión planteada, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en el Art. 92 *quáter* L.C.S.P., no comprende los eventuales excesos de medición de un contrato administrativo de obras, según la J.C.C.A. de la Comunidad Autónoma de Aragón, siendo posible una modificación no prevista de hasta el 10% del importe de adjudicación, cuando se produzca una o varias de las circunstancias legales, y además hasta un 10% de incremento de gasto por exceso de medición de unidades previstas.

Por ello se llega a las siguientes conclusiones:

1º) La normativa aplicable a un eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el T.J.U.E.

2º) El supuesto previsto en el Art. 217.3 L.C.S.P — alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras— es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del Art. 92 *quáter* L.C.S.P. En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra.

En el mismo sentido hay que citar el Informe CAN_04/2011 1ª se explica que dentro del límite del 10% a que se refiere el Art. 217.3 de la L.C.S.P,(234.3 T.R.L.C.S.P.) las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el Art. 92 *quáter*, (107 T.R.L.C.S.P.), a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el Art. 92.3.d *quáter* para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato. 2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el Art. 217.3 de la L.C.S.P, (234.3 T.R.L.C.S.P) cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el Art. 160.2 del R.G.L.C.A.P se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos

límites. 3ª.- Si un pliego de cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el Art. 92 *ter* de la L.C.S.P. (106 T.R.L.C.S.P.) tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el Art. 217.3 de dicha ley (234.3 T.R.L.C.S.P.) para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo.”

DOMÍNGUEZ OLIVERA, R⁴⁹⁴ señala que tras la L.E.S., en la L.C.S.P se encuentran tanto la expresión <<precio primitivo del contrato>> (Art.195.3 y 217.3) como <<precio de adjudicación>> (Art.92 *quáter*.3). Cabe entender que ambas son equivalentes. En relación con el apartado 3 DOMÍNGUEZ OLIVERA⁴⁹⁵ indica, que si se sigue considerando que la facultad atribuida al Director de la obra por dicho precepto es una modificación (sólo que con especialidades en competencia y procedimiento), las variaciones deberían computarse para calcular el límite global del 10%. Sin embargo, parece más justificado sostener que el apartado 1º es una regla especial que se ha mantenido tras la L.E.S., por lo que dicho porcentaje es independiente del regulado en el Art.92 *quáter*.

También se ha discutido su conexión con el tema de la resolución del Contrato. Cabe citar aquí un Dictamen del Consejo de Estado de 15 de Septiembre de 2011⁴⁹⁶. En fecha 10 de Diciembre de 2009, y previa justificación de la baja desproporcionada (del 37,75% sobre el presupuesto de ejecución material) en que se encontraba incurso la oferta presentada, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT) dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación adjudicó a una empresa el contrato denominado "Obras de reforma de la cubierta de la nave 1 del edificio 31 para el CIEMAT-Madrid". El contrato administrativo -por un importe total de 604.834,09 €, IVA incluido- se firmó el 18 de Diciembre de 2009, con un plazo de ejecución de 6 meses. Su cláusula primera establece la sujeción a las condiciones establecidas en el P.C.A.P., y en el proyecto de obras así como a las condiciones de la oferta. La Cláusula 13 del P.C.A.P., del contrato señala que este se resolverá por las causas previstas en el Art. 206 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público y, específicamente para el contrato en cuestión, por (13.3) "incumplimiento reiterado de las prescripciones técnicas de los trabajos, en relación con la aportación de medios personales o materiales comprometidos o con el tiempo de respuesta y resultados asignados a la obra...". El acta de comprobación del replanteo definitiva (hubo una anterior de 8 de Enero de 2010, donde se señaló que no era viable el inicio por falta del Plan de Seguridad y Salud y de la preceptiva comunicación a la Comunidad Autónoma de Madrid, lo que luego fue solventado) se extendió el día 11 de Febrero de 2010, comenzando al día siguiente los trabajos (de los que se han abonado las certificaciones correspondientes a los meses de Febrero, Marzo y Abril, por importe

⁴⁹⁴ Ver, op.cit, p.252.

⁴⁹⁵ Ver, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R: "Código anotado de contratación pública", Ed. Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2011, p.251.

⁴⁹⁶ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 15 de Septiembre de 2011. Número de expediente: 1318/2011 (CIENCIA E INNOVACIÓN). Referencia: 1318/2011. Asunto: Resolución del contrato administrativo de "obras de reforma de cubierta de la nave 1 del edificio 31 para el Ciemat-Madrid", nº 230.107, celebrado entre el CIEMAT y la empresa.

total de 51.080,44, I.V.A., incluido). En la certificación de obras correspondiente al mes de Abril de 2010, por el Director Facultativo se extiende la mención literal siguiente: "La obra está avanzando muy lentamente. La empresa ha mandado un escrito en el que expone que, según sus cálculos, hay una minusvalía de la obra a ejecutar de un 24% y que, por tanto, están dispuestos a solicitar la resolución del contrato si esto no se corrige. Se les ha respondido que esto no es cierto y se les está proporcionando la información adecuada para que retomen las obras, pero la empresa no acata las órdenes dadas por la D. F.". Mediante informe de 24 de Mayo de 2010, el Director Facultativo de la obra da cuenta de las incidencias surgidas durante la ejecución. Según el mismo, la empresa ha pretendido modificar las referencias y conseguir precios más altos para las unidades de obra establecidas en el proyecto, argumentando que no se ajustan a la descripción de la partida. Exigiéndosele la ejecución conforme a las especificaciones del proyecto, muestra reticencias a continuar con las obras, sin acatar las órdenes dadas por la dirección técnica, utilizando argumentos que han sido refutados por el director facultativo (como la existencia de una minoración del volumen de obra que superaría el 20% del contrato). Se añade que, siendo necesario reforzar la estructura de cubierta durante la ejecución (extremo que implica un incremento de los kilos de hierros a colocar, lo que ya fue tenido en cuenta en la medición del proyecto en previsión de los problemas que suelen aparecer durante las obras de rehabilitación), la valoración presentada por el contratista superaba en un 260% el coste de la reforma total de la estructura de la cubierta. Considerando disparatada esta valoración, la dirección técnica estableció un precio (de acuerdo con el definido en proyecto para el hierro y el coste real de la soldadura), resultando que la empresa se niega a ejecutar el refuerzo por razones económicas -alegando que supone una modificación del contrato- no acepta el precio y propone que se contrate con terceros su ejecución, entendiéndose exonerada de cualquier responsabilidad derivada de dicha ejecución. Esta posición se contradice con la declaración aportada el 10 de Noviembre de 2009, (para justificar la baja desproporcionada en que estaba incurso la oferta), donde se recogía que "todas las unidades de las obras, pueden ejecutarse a los precios establecidos en el presupuesto aplicándoles el coeficiente de adjudicación...", estimando el director facultativo que solo puede comprenderse esta nueva actitud por el "interés evidente de la empresa de abandonar la obra cuanto antes", al constatar ahora que debe ajustarse al proyecto. El 27 de Mayo de 2010, de acuerdo con el informe anterior, el órgano de contratación requiere a la empresa para que ejecute las obras de acuerdo con las instrucciones que, en interpretación técnica del contrato, reciba del director facultativo y las reanude de forma inmediata. En cuanto al refuerzo -considerando que según informa la dirección facultativa no se trata de unidades nuevas sino de un aumento de unidades sobre las realmente previstas- establece que su valoración se hará aplicando a los kilogramos de hierro los precios definidos en el proyecto. Igualmente, a los metros lineales de soldadura a realizar se aplicará el coste real de soldadura según los datos del proyecto. Recibido el 28 de Mayo de 2010, presenta respuesta (acompañada de cuadro comparativo de mediciones) aduciendo que existen errores materiales en las mediciones del presupuesto del CIEMAT, las cuales afectan al presupuesto de la obra en un 25,64%, instando la resolución del contrato por dicha causa. El 31 de Mayo de 2010, el director facultativo emite nuevo informe donde rebate las mediciones presentadas por la contrata (afirmando que se han realizado recortando las mediciones de las unidades de obra definidas en el proyecto) y da cuenta de que, transcurridos tres meses y medio desde el inicio de las obras, solo se ha realizado el 10% del presupuesto de ejecución

material, cuando debería haberse completado el 58% según el programa aprobado. Añade que la empresa no ha acometido unidades de obra previstas a pesar de la insistencia de la dirección facultativa en ello (lo que se recoge en el libro de órdenes y comunicaciones dirigidas a la empresa) y reitera que la fuerte baja realizada por el contratista y la necesidad de reducir los costes para rentabilizar la oferta (intentando modificar las referencias del proyecto o introduciendo precios desproporcionados, no aceptados por la dirección facultativa) serían la razón última del intento de la contrata de abandonar la obra y resolver el contrato. El 8 de Junio de 2010, se produjeron lluvias que provocaron la inundación de una de las naves, debido a estar desmontada la cubierta y -según el director facultativo- "no haberse protegido convenientemente dicha zona ante posibles precipitaciones" (correo electrónico de 10 de Junio de 2010). El 18 de Junio de 2010, se mantuvo una reunión entre el Jefe de la División de Infraestructura General Técnica (responsable del contrato) y el representante del contratista, manifestando la empresa, nuevamente, su decisión de resolver el contrato argumentando que el volumen de obra a realizar es inferior al contratado. El siguiente 22 de Junio, la empresa presenta escrito en el que manifiesta su voluntad de seguir adelante con las partidas de obras en las que no hay desavenencias, reiterando que los precios fijados por la dirección facultativa para la reforma de la cubierta son inasumibles y que existe una desviación a la baja de la obra que supera el 20%. Consta un escrito posterior del Jefe de la División de Infraestructura General Técnica donde informa que el escrito anterior del contratista se contradice con lo manifestado en la reunión de 18 de Junio de 2010, recordando que se les ordenó la continuación de los trabajos correspondientes a las partidas que no tienen interferencia con la estructura metálica. El 28 de Junio de 2010, el Jefe de la División de Infraestructura General Técnica propone la resolución del contrato por causas imputables al contratista, debido al incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, iniciándose formalmente el expediente de resolución por el órgano de contratación (Director General del CIEMAT) el día 30 de Junio de 2010. El 8 de Julio de 2010, se acuerda la suspensión temporal total de las obras de reforma de la cubierta de la nave, de conformidad con lo solicitado por la dirección facultativa ante el inicio del expediente de resolución contractual. El acta de suspensión se extendió el 13 de Julio, sin la asistencia del contratista (pese a su notificación previa por fax, extremo que rechaza, manifestando que no se le puso de manifiesto en tiempo y forma). Mediante resolución de 29 de Diciembre de 2010, se declaró la caducidad del procedimiento de resolución, sin perjuicio de la iniciación de uno nuevo, toda vez que los motivos subsisten. El 29 de Abril de 2011, se propone la resolución del contrato por causas imputables al contratista, debido al incumplimiento de las condiciones esenciales del mismo. Se señala en el mismo que la empresa se niega a continuar la obra (habiendo desmontado todos los andamios y retirado el material acopiado y los medios auxiliares necesarios) y que no existe desviación a la baja superior al 20% del contrato como alega el contratista (señalándose en un cuadro comparativo entre las unidades de obra reales y las presentadas que la desviación estimada asciende a -54,99 €, lo que supone un 0,0079% del previsto). Se valoran los daños causados al CIEMAT (por realizar trabajos necesarios de protección del edificio y ejecución de unidades de obras no contempladas en el proyecto original, previas a la reanudación) en 85.531,54 € (I.V.A., incluido) y se estima que la liquidación de la obra asciende a 782,96 € (excluido I.V.A.), correspondiente a la cuarta certificación de obra. Se propone, igualmente, la incautación de la garantía definitiva y la imposición al contratista de una indemnización, en concepto de daños y perjuicios ocasionados la cual

se determinará una vez finalizado el procedimiento de resolución. Se precisa en otro informe que el retraso de más de seis meses en la ejecución de la obra a consecuencia de la resolución del contrato causará unos perjuicios en los diversos proyectos de energía previstos para la nave (Proyecto Gesmol biocarburantes, innovación nuclear y laboratorio de capas ópticas) donde se iban a realizar las obras que se estima se elevarán a 230.000 €, aunque la cuantía real podía ser mucho más elevada. El 9 de Mayo de 2011, se inició el procedimiento de resolución del contrato, concediendo audiencia al contratista y al avalista. El 19 de Mayo de 2011, se presentó escrito de alegaciones del contratista donde -reiterando sus manifestaciones anteriores en escritos que adjunta de nuevo y rechazando las afirmaciones contenidas en la propuesta de resolución- señala que el incumplimiento de los plazos se debe únicamente al CIEMAT, cuyas órdenes no coincidían con los planos, proyectos y condiciones iniciales de la obra, no pudiendo estar "al capricho de los cambios de una obra que nada tenía que ver con la inicial, y siempre con la inseguridad e indefensión de no tener un proyecto serio, ni de cómo y cuándo se le iba a pagar las partidas nuevas que eran realizadas"⁴⁹⁷.

Según el Consejo de Estado constituye un principio general del derecho de la contratación pública (recogido expresamente en el Art. 199 de la Ley 30/2007) que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Se completa lo anterior con el lógico añadido de que las obras se realizarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el P.C.A.P., y al proyecto que sirve de base al contrato. Así lo dispone el Art. 213 de la L.C.S.P., cuyo inciso primero añade a lo anterior "... y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia". Interesa la literalidad del precepto porque resalta y enfatiza (convirtiéndola particularmente en condición esencial de este contrato) una atribución de la Administración en los negocios jurídicos administrativos a la que la propia L.C.S.P., atribuye la condición de prerrogativa de la Administración (Art. 194): "interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público". Según lo expuesto y siendo obligatorias para el contratista las modificaciones y actuaciones técnicas introducidas por la Administración (a través del director facultativo), resulta que se aprecia una resistencia y oposición continuadas a su cumplimiento sin que puedan ser estimadas las alegaciones ofrecidas de contrario. Un examen pormenorizado de los hechos descritos permite observar que las órdenes e instrucciones dictadas por la Administración (oportunamente notificadas al contratista y que constan en el libro de órdenes) no suponen una alteración superior al precio primitivo en un 20% (principal objeción del contratista), lo que legitimaría al contratista para solicitar su resolución al amparo del Art. 220.e) de la Ley 30/2007. Después de múltiples mediciones y valoraciones contradictorias -objetadas pero nunca desvirtuadas por el adjudicatario- se ha probado que el porcentaje de diferencia entre lo ordenado y lo realmente exigible era inapreciable y en ningún momento superó el 0,0079% del previsto. Tampoco puede oponerse el contratista a su ejecución, puesto que podrán introducirse variaciones sin

⁴⁹⁷La Abogacía del Estado informa en fecha 10 de Junio de 2011, que concurre causa de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, al haberse incumplido reiteradamente las prescripciones técnicas del contrato, según consta en los informes de la Dirección Facultativa y se recoge en diversos comunicados y en el libro de órdenes.

necesidad de previa aprobación cuando estas consistan en la alteración del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del primitivo contrato (Art. 217.3). Pero, y aunque se haga constar en segundo lugar, debe figurar muy destacadamente en el presente supuesto, que el director facultativo debe ser acatado por la contratista cuando actúe dentro de su orden natural de facultades y en el ejercicio de las relevantes responsabilidades que le atribuye la LC.S.P., más aun en los casos en que sus comunicaciones -reiteradas y persistentes en el tiempo- figuran detalladas en el libro de órdenes de la obra y en múltiples escritos. Sobre todo no puede olvidarse que la prerrogativa principal de la Administración -ejercida a través del órgano de contratación, que en el presente caso ha ratificado las actuaciones del director facultativo- ostenta la misma para interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Una posición hostil, renuente o incumplidora por parte del contratista frente a observaciones y órdenes de la dirección facultativa y del órgano de contratación no puede sino convertirse autónomamente en título suficiente para accionar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. En la forma expuesta en antecedentes, no existe motivación suficiente para que el contratista pueda fundar la resolución del contrato en una minoración del mismo en más del 20%, extremo que puede estar muy directamente vinculado a que la obra ha sido adjudicada con una baja superior al 37% del presupuesto de licitación. Tampoco resulta un apoyo firme de su postura el extremo de que, en el momento de la suspensión temporal total de los trabajos y apenas a algo más de un mes de concluir el plazo señalado para la finalización de los trabajos (seis meses), solo se había ejecutado algo más del 10% del total. Verificada la concurrencia de la causa prevista en el Art. 206.f) (incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos y en el contrato) para proceder a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, se anudan a ello las consecuencias establecidas en el Art. 208 de la Ley 30/2007: indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados (que se deberán instruir en expediente separado con audiencia del contratista) y previa incautación de la garantía definitiva para atender a la liquidación de tales eventuales daños. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen: Que, sin perjuicio de la comprobación de si ha operado una nueva caducidad en la forma contenida en el cuerpo del dictamen, procede resolver, por incumplimiento culpable del contratista, el contrato denominado "Obras de reforma de la cubierta de la nave 1 del edificio 31 para el CIEMAT-Madrid", celebrado con la empresa adjudicataria con incautación de la fianza depositada e indemnización de daños y perjuicios."

Finalmente, ¿se podía entender que se amplía el plazo de ejecución en los contrato de obras de forma automática y en la misma proporción en que lo sean las unidades de ejecución, cuando concurra el supuesto previsto en el Art. 160 del R.G.L.C.A.P. ?.

La cuestión se resuelve en el Informe74/09 de 23 de Julio de 2010⁴⁹⁸. Por el Alcalde Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla se formula consulta en los siguientes

⁴⁹⁸ Ver Informe74/09 de 23 de Julio de 2010. «Consulta relativa a si puede entenderse ampliado el plazo de ejecución en los contratos de obras de forma automática y en la misma proporción en que lo sea a unidades de ejecución, cuando concurra el supuesto previsto en el Art. 160 del R.G.C.A.P.

términos: “siéndole de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de L.C.E., con un plazo de ejecución de nueve (9) meses y un importe de adjudicación de 622.599,70€. Como quiera que con la medición final, está previsto que el importe se eleve a 665,181,62€, lo que supone un incremento porcentual sobre el precio de adjudicación del 6,84%, y siendo de aplicación lo preceptuado en el Art. 160.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el R.G.L.C.A.P., en el que literalmente se dice: "Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre la revistas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato,...",no procediendo, por tanto, la aprobación del órgano de contratación del incremento del gasto sobre lo adjudicado al cumplirse los requisitos establecidos por la norma. Asimismo, el Art. 162.1 de la misma norma establece: "Cuando sin introducir nuevas unidades de obra las modificaciones del proyecto provoquen variación en el importe del contrato e impliquen la necesidad de reajustar el plazo de ejecución de la obra, éste no podrá ser aumentado o disminuido en mayor proporción que en la que resulte afectado el citado importe. El plazo se concretará en meses, redondeándose al alza el número de días sobrante que resulte." En virtud de lo expuesto, y dado que el incremento producido en su importe sobre el precio de adjudicación aplicado al plazo de ejecución de la obra y redondeado al alza nos da un plazo de un (1) mes ¿cabría ampliación en este caso del plazo de ejecución de la obra en un (1) mes adicional a los 9 meses de ejecución del contrato sin necesidad de aprobación del órgano de contratación y sin incurrir en mora por parte del adjudicatario?”.

Explica el Consejo de Estado que el Art. 162 del mismo Reglamento prevé que cuando se introduzcan modificaciones en el proyecto se reajustará el plazo de ejecución. Dicho artículo distingue dos supuestos, según que la modificación implique la ejecución de nuevas unidades de obra o no. En el segundo caso establece que el plazo de ejecución podrá reajustarse en la misma proporción en que aumente o disminuya el precio del contrato, y en el primero, en la medida en que se acuerde por el órgano de contratación previa propuesta del director de la obra. Lo que se desprende del artículo indicado es que, salvo el caso en que deban introducirse nuevas unidades de obra, es decir salvo el caso en que el proyecto requiera modificaciones que impliquen la realización de obras no previstas en él, la modificación del plazo deberá ser proporcional al incremento de precio que represente la variación en las unidades de medida ejecutadas. En tales circunstancias, resulta que si la modificación requiere aprobación, la ampliación del plazo se aprobará conjuntamente con ella, aplicando la regla de proporcionalidad mencionada. Si por el contrario, la modificación se entiende implícitamente aprobada por no exceder del límite indicado del diez por ciento del precio primitivo del contrato, la ampliación del plazo también debe ser acordada de forma expresa por el órgano de contratación, si bien su capacidad de decisión versará exclusivamente sobre si el incremento producido ha exigido ampliación del plazo de duración del contrato o no. Si la decisión fuera favorable a dicho incremento este deberá fijarse en el mismo porcentaje respecto del plazo inicial en que se hubiera incrementado el precio. Claro está que esta afirmación, además, debe hacerse con las debidas cautelas, especialmente derivadas de las exigencias contenidas en el Art. 96 del Reglamento respecto de la necesidad de reajustar las anualidades como consecuencia de las modificaciones contractuales producidas. En tales casos el párrafo segundo de dicho

artículo exige la conformidad del contratista (salvo que razones excepcionales permitan hacerlo con sólo su audiencia) y el informe de la Intervención. Asimismo, en el párrafo último del citado precepto se prevé para tales casos la modificación del programa de trabajo cuando éste estuviera previsto en el contrato lo que supone aprobación del nuevo programa por el órgano de contratación. Pues bien, con independencia de la aprobación tácita de la prórroga en los supuestos mencionados, se deberán observar los trámites indicados, si reglamentariamente fueran exigibles. Por tanto:

1. Las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto que no representen un incremento del presupuesto superior al 10% del precio primitivo del contrato no requieren aprobación explícita pero sí requieren pronunciamiento acerca de si de ellas deriva o no la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato.

2. Si se acordara que procede la ampliación del plazo esta deberá hacerse de forma automática en forma proporcional al incremento porcentual del precio.

3. No obstante todo lo anterior, deberán observarse los trámites previstos en el Art. 96 del R.G.C.A.P., cuando éste resulte de aplicación.

7.5.3. Vigencia y aplicación de la cláusula 50 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado.

Hemos visto que durante la ejecución de un contrato se pueden producir múltiples situaciones que motivan o justifican que se produzcan cambios más o menos relevantes y variados con respecto a lo que era lo inicialmente proyectado. Ya tuvimos ocasión de contemplar que varios de esos supuestos quedan fuera del concepto estricto de modificado.

Otro supuesto que históricamente planteó problemas en relación con el contrato de obras es el relativo a la «Vigencia y aplicación de la cláusula 50 del P.C.G.A.», que fue examinada en el Informe 22/04, de 7 de Junio de 2004, de la Intervención General de la Administración del Estado.

Dicho P.C.G.A., aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, se refiere en su Cláusula 50 a las Mejoras propuestas por el contratista en los siguientes términos: "El contratista podrá proponer, siempre por escrito, a la Dirección la sustitución de una unidad de obra por otra que reúna mejores condiciones, el empleo de materiales de más esmerada preparación o calidad que los contratados, la ejecución con mayores dimensiones de cualesquiera partes de la obra o, en general, cualquiera otra mejora de análoga naturaleza que juzgue beneficiosa para ella. Si el Director estimase conveniente, aun cuando no necesaria, la mejora propuesta, podrá autorizarla por escrito, pero el contratista no tendrá derecho a indemnización de ninguna clase, sino sólo al abono de lo que correspondería si hubiese construido la obra con estricta sujeción a lo contratado. Por el contrario, cuando el Director de la obra considere de necesidad adoptar la mejora propuesta por el contratista, se procederá en la forma establecida en la cláusula 59 de este pliego". Esta cláusula faculta pues al Director de la Obra, en el curso de la ejecución de las obras y a propuesta del contratista, a autorizar

por escrito determinadas variaciones con respecto a lo previsto en el proyecto, siempre y cuando las considere convenientes (aunque no necesarias) y no determinen un mayor gasto. La cuestión que se plantea es la de si la posibilidad de introducir estas mejoras tendría cabida en nuestro actual marco normativo o, por el contrario, su autorización exigiría el cumplimiento de los trámites previstos en los Arts. 59, 101 y 146 del T.R.L.C.A.P. Debe señalarse que esta Cláusula 50 viene aplicándose por distintos centros gestores. Concretamente, la Dirección General de Carreteras emitió la nota de servicio 2/01, de fecha 15 de Marzo de 2001, al objeto de precisar el alcance de la cláusula y evitar posibles abusos en su aplicación. Dicha nota se reproduce a continuación. "El P.C.G.A., contempla, en su cláusula 50, la posibilidad de introducir mejoras en la ejecución de una obra, sin atenerse estrictamente al procedimiento legalmente establecido para las modificaciones de obra. Esta aparente libertad de actuación, en términos técnicos y administrativos, ha llevado a algunas Direcciones de obra a introducir cambios en los proyectos no admisibles, al pretender presentarlos como derivados de la aplicación de la citada cláusula. A esta afirmación contribuyen ejemplos tales como: ejecutar enlaces completos con una tipología distinta a la proyectada; construir puentes totalmente diferentes a los aprobados, o considerar que un capítulo presupuestario es susceptible de ser considerado como unidad de obra, a estos efectos. La aceptación de estos supuestos supondría contemplar la totalidad del presupuesto como unidad de obra, encontrándose con un crédito aprobado que permitiría hacer cualquier obra calificada como mejor que la prevista. Con objeto de unificar criterios y para terminar con eventuales actuaciones como las indicadas, esta Dirección General de Carreteras comunica lo siguiente: 1) La cláusula 50 del P.C.G.A., se aplicará a una unidad de obra individualizada; es decir, con precio único en el Cuadro de Precios nº 1. 2) Cuando el primer párrafo de la cláusula 50 habla de: "... empleo de materiales de más esmerada preparación...,... ejecución con mayor dimensión de cualquier parte de la obra..., o cualquier otra mejora de análoga naturaleza", se está refiriendo a mejoras que no cambian ni la forma, ni la funcionalidad, ni el comportamiento del objeto proyectado, tal como fue concebido y calculado en el proyecto. 3) Transitoriamente, y para las tramitaciones ya iniciadas, se admitirá la aplicación de la cláusula 50 del P.C.G.A., exclusivamente para sustituir marcos de hormigón (de luces en el entorno de 2,5 m), por el equivalente prefabricado; siempre que no se esté a tiempo de incluir dicho cambio como modificación de obra. En lo sucesivo, y si este cambio sigue mostrándose conveniente, lo que se considera preceptivo hacer es incluirlo directamente en la fase de redacción del proyecto, o, como alternativa, presupuestar los mismos con precio referido a la unidad de longitud, incluyendo en él todo lo referente a la ejecución de dicha unidad".

La J.C.C.A., explica lo siguiente: Como manifiesta la Interventora General de la Administración del Estado en su escrito, la cuestión que plantea se concreta en la posible vigencia de la cláusula 50 del P.C.G.A., aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre, que se enmarca en el ámbito de la L.C.E., texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de Abril, y del R.G.C.E., aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre, normas derogadas por la L.C.A.P., Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, y por el R.G.C.A.P., aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, por lo que consecuentemente ha de entenderse aplicable como tal pliego a los contratos de obras de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos y Entidades de derecho público, así

como a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social en cuanto no se oponga a la Ley o al Reglamento.

Una primera consideración debe comentarse con carácter previo respecto del carácter de pliegos de cláusulas administrativas generales. En tal sentido cabe manifestar que los mismos carecen del carácter de norma jurídica, sino que constituyen el mero clausulado aplicable a los contratos sobre los que resultan aplicables en la función que le atribuye el Art. 66 del R.G.C.A.P., de las que acompañan a los P.C.A.P. El requisito de que su aprobación no se realice por el órgano de contratación, sino por el Consejo de Ministros no le atribuye la condición de norma jurídica sino de la competencia y del procedimiento a seguir para tal fin. Por tal razón no puede, a juicio de esta Junta Consultiva hablarse de la vigencia del citado pliego o de alguna de cláusulas sino más bien si una cláusula concreta resulta aplicable por adecuarse o no al ordenamiento jurídico vigente al momento de ser aplicada. Al respecto se ha de señalar que la L.C.A.P., en su Art. 48.1 obliga que los pliegos de cláusulas administrativas generales se ajusten en su contenido a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo, lo que asimismo resulta de lo dispuesto en el Art. 4. Consecuentemente toda cláusula o especificación contenida en los pliegos debe estar adaptada a las disposiciones vigentes en el momento de ser aprobadas. Una de las características aportadas en la actual legislación de contratos respecto de las modificaciones contractuales es que estas han de ser autorizadas y aprobadas exclusivamente por el órgano de contratación. Así resulta de lo establecido en el Art. 94 de la Ley que vincula los efectos de los contratos a la propia Ley a sus normas de desarrollo, así como a los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, en el Art. 101 que, respecto de las modificaciones de los contratos las condiciona a la decisión del órgano de contratación criterio que es expresado en el Art. 146, en el que además al referirse en este contexto a la actuación del Director Facultativo de las obras en el apartado 3, le impone que cuando considere necesaria una modificación deberá recabar autorización del órgano de contratación para iniciar el correspondiente expediente, atribuyendo en el apartado 4 al Ministro la competencia exclusiva no delegable para autorizar que puedan continuar provisionalmente las obras.

Así resulta también del Art. 59.1 de la Ley. El Reglamento general de la Ley, como no podía ser de otra forma, reitera tal criterio plasmando una excepción en el Art. 160, respecto de las variaciones sobre las unidades de obra ejecutadas, que pueden ser introducidas sin previa aprobación en el supuesto que señala, siempre que no representen un incremento de gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Las restantes normas imponen la aprobación previa del órgano de contratación y, en tal sentido, el Reglamento determina en los Arts. 102, 141, 158 y 161. Es evidente que en texto del Reglamento se aprecia la ausencia de la correspondiente norma que determine de forma precisa cual es la función del director facultativo de las obras, aspecto que sí se cita en la cláusula 4 del P.C.G.A., para la contratación de obras del Estado, y que es más propio de una norma que del clausulado del contrato, pero, con la excepción citada, las funciones que recibe en la vigente legislación son, entre otras, las de dirigir las obras cursando al contratista las correspondientes instrucciones, realizar por si mismo las obligatorias mediciones de la obra ejecutada, expedir las correspondientes relaciones valoradas y las certificaciones de obras, ejerciendo una

facultad de propuesta al órgano de contratación respecto de las posibles modificaciones como señalan al respecto los Arts. 146 de la Ley y 141, 146.2, 158, 162, 163, 166 y 169 del Reglamento.

Por lo expuesto, la J.C.C.A., entiende que la cláusula 50 del P.C.G.A., en tanto atribuye al director de las obras una facultad de autorizar modificaciones propuestas por el contratista, no puede ser aplicada por oponerse a lo establecido en la L.C.A.P. y en su Reglamento general, careciendo de competencia el director facultativo de las obras para acordar modificaciones del contrato, con la excepción establecida en el Art. 160 del Reglamento, requiriendo en todo caso la aprobación previa del órgano de contratación.

7.6. Suspensión del contrato.

7.6.1. Concepto de modificado frente a suspensión de la obra.

El actual Art. 220 del T.R.L.C.S.P., de 2011, dispone lo siguiente sobre la suspensión de los contratos: “1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el Art. 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél. 2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”.

En el Art. 233.4 se establece que cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 10 por ciento del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

El expediente de modificado a tramitar al efecto exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

- a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.
- b) Audiencia del contratista.
- c) Conformidad del órgano de contratación.
- d) Certificado de existencia de crédito.

En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado.

Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas. La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras implicará en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación del expediente del gasto.

Ya en un caso de 1977⁴⁹⁹, se advierte que no pueden argüirse los Arts.50 y 150 de la Ley y Reglamento, respectivamente a que antes se hizo mención, pues ambos prevén el que durante la ejecución de un contrato la Administración puede introducir modificaciones en el proyecto de la obra contratada, que produzcan aumento o reducción y aun suspensión de las unidades de obra marcadas en el mismo, siendo las mismas obligatorias para el contratista y sin que éste tenga derecho alguno, en caso de suspensión o reducción de obras, a reclamar indemnización alguna, sin embargo, éste no es el supuesto de Litis, pues una cosa es la introducción de estas modificaciones y otra, la suspensión obras por el plazo del año, aquellas regidas por los Arts.50 y 150 de la calendada Ley y Reglamento y éstas por los Arts.53 y 162 de dichos cuerpos legales, sin olvidar que no toda modificación implica los efectos del citado Art.150 del Reglamento, puesto que para que así sea, preciso es partir de lo que al respecto señala el Art.149 del Reglamento de contratación, con arreglo al cual la Administración sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de las obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de redactarse el proyecto, por lo que basta examinar las causas de la suspensión de la ejecución de las obras de autos, para constatar la no ubicación de la misma en el espíritu y letra del citado Art.149, ya que ni hay necesidades nuevas, ni se está en presencia de causas técnicas imprevistas al redactarse el proyecto, por cuanto el motivo de la suspensión controvertida obedeció a la existencia de unas casas y de unos terrenos, ambos sujetos a las obras proyectadas, que no podían quedar a disposición de la obra, aquéllas por estar ocupadas y no estar desalojados sus moradores, éstos por no estar cumplidos los trámites de expropiación y no estar libres, circunstancias y realidad que ya existían al confeccionarse el proyecto, y que por tanto, ni eran devenir de nuevas necesidades, ni de circunstancias técnicas imprevistas al redactarse el proyecto, y a mayor abundamiento, que esto es así, lo demuestra el hecho de que de no serlo, carecería de relieve y eficacia el Art.53 de la Ley de 1965 y el 162 de su Reglamento, dándose a los Arts.150 del Reglamento y 50 de la Ley un contenido que no quiso el legislador, sobre todo cuando su ampliación a esta situación de la suspensión limitaría los derechos de los contratistas, que sólo pueden limitarse por las dos causas estereotipadas en el Art.149 del Reglamento, antecedente interpretativo del mencionado Art.150, no debiendo olvidarse que, en el peor de los supuestos, el Art.49 de la Ley prevé con carácter general <<que si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a 1/5 parte del plazo total del contrato, o en todo caso, aquélla excediera de 6 meses, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir, por todo lo cual, al estarse en un supuesto de suspensión y no de modificación, y acreditado que las obras de autos, no sólo se suspendieron por más de seis meses, sino incluso más del año, en cuanto la propia resolución recurrida recuerda el desglose de las obras

⁴⁹⁹Ver S.T.S. de 23 de mayo de 1977, Ar.2217.

correspondientes al tramo de los perfiles 0 y 54 levantándose la suspensión del resto de las obras, suspensión acordada el 22 de Noviembre de 1971, y ratificada el 8 de Abril de 1974, precisamente a petición de la empresa recurrente por no poder entregar a la Administración parte de los terrenos afectos a la obra controvertida.

Finalmente citar un asunto de 2012⁵⁰⁰ donde se afirma que no estamos ante un supuesto de suspensión por causas imputables a la Administración, sino ante un supuesto de modificación del contrato, tal y como se expone en la Sentencia de instancia, cuya descripción fáctica es respetada en casación, en coherencia con las SSTS, 3ª, 4ª de 2 de Abril de 2008 (cas. 3592/05) y 23 de Abril de 2002 (cas. 7026/96). En efecto, el modificado no es sustancial y afecta al deslizamiento del dique auxiliar y al aseguramiento de cimentación de la presa principal, por lo que mantiene la uniformidad plena con el proyecto primitivo según el Ingeniero director de las obras, en su informe de 24 de Abril de 2000 (pág. 380 del expediente) y en los términos formulados el 19 de Diciembre de 2000, conjuntamente por el Ingeniero de Caminos del Estado, el Subdirector de Gestión del Dominio Público Hidráulico y el Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, que propusieron su aprobación. En todo caso, ha sido la Junta de Andalucía, en su informe 311/2000 de 12 de Septiembre de 2000, la que justifica, con apoyo en dictámenes de la Junta Consultiva del Gobierno andaluz, la existencia de un *ius variandi* no generador de un criterio indemnizatorio basado, en extracto, en los siguientes puntos: - Posibilidad de modificación basada en el Art. 60 Ley 13/95. - Razones de interés público, debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente (Arts. 48 L.C.E. y 149 R.G.C.E).

Criterio flexible de la noción del interés público previsto en el Art. 102 L.C.A.P. En suma y por las razones expuestas, en el caso examinado, las causas técnicas imprevistas son justificativas del *ius variandi*, pues la Ley 13/1995, de 18 de Mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, de aplicación al supuesto controvertido por razones de índole temporal, reconoce a la Administración el *ius variandi*, como prerrogativa propia del ámbito de la contratación administrativa, relacionándola con el reconocimiento al contratista del derecho a instar la resolución del contrato cuando la modificación del proyecto o la suspensión de las obras, decididas por la Administración, presenten alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o menos, al 20% del precio primitivo o representen una alteración del proyecto inicial, que en el caso genera el modificado 1, que no es sustancial, mantiene la uniformidad del proyecto inicial y no implica novación contractual. En este punto, debe destacarse que la entidad recurrente dio su conformidad a las modificaciones contractuales, al no existir constancia alguna de que, en el pertinente trámite procedimental a la vista de la propuesta de la dirección facultativa, se opusiera expresamente a las modificaciones producidas (Art. 146.2 Ley 13/95). Y concurre incluso la circunstancia de que la modificación originó un saldo adicional de liquidación a favor del contratista, que permitió restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, que establece el Art. 100.1 de la Ley 13/95, como reconoció la Sentencia recurrida. Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del primero de los motivos.

⁵⁰⁰Ver S.T.S., de 7 de Junio de 2012. Nº de Recurso: 2050/2009, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

En la jurisprudencia se distingue la suspensión por una modificación de otras figuras como la prórroga o la novación contractual.

También se puede citar un caso que diferencia entre suspensión y prórroga al hilo de un modificado⁵⁰¹.

Es decir, que en rigor se trataba de que la Administración acordase la suspensión de obras del proyecto primitivo por virtud de las que al parecer se ejecutaban ya sin haber sido adjudicadas de suerte que aquella petición, con un irregular fundamento de futuro, implica de hecho, más que una suspensión, una prórroga en la ejecución del contrato. En todo caso, el Servicio Técnico de la Administración informó el 30 de Noviembre de 1982, en contra de la petición antedicha señalando las obras ejecutadas y las unidades que no lo estaban, incluso del proyecto aún no adjudicado de aire acondicionado; en resumen, consideraba que no procedía levantar el acta porque la obra podía continuar a un ritmo normal hasta su terminación, salvo el proyecto de aire acondicionado por no estar adjudicado. Todo lo dicho permite poner de manifiesto la legalidad del acto recurrido desde el punto de vista del mero ajuste a la realidad de desenvolvimiento de la ejecución del contrato, porque en rigor se solicitaba la suspensión por efecto de un nuevo contrato cuya adjudicación se esperaba pero que no se había producido y pese a ello se estaba realizando. En tales condiciones es evidente que no podía invocarse el mismo como un condicionante material de la prosecución de las obras. Pero es que tampoco cabía exigir a la Administración un pronunciamiento como el pretendido, o sea una resolución acordando la suspensión temporal de las obras, fundada en la paralización de ciertas unidades del proyecto que se venía ejecutando. Así, dicha petición de suspensión de las obras es en rigor una especie de modificación del contrato (como tal, se encuentra sistemáticamente regulada en la Sección 2ª del capítulo IV de la Ley, que se refiere a esos supuestos y el correspondiente del Reglamento) y

⁵⁰¹ Ver S.T.S., de 21 de Septiembre de 1989, Ar.6362. El contratista de las obras de adaptación del edificio de la plaza de Campos, 3, Granada, para instalación de la Comisaría, impugna en este recurso la Resolución del Director general de la Seguridad del Estado de 10 de Febrero de 1983. En esta se había desestimado una solicitud de aquel de que se acordase «levantar la pertinente acta de suspensión temporal parcial de las obras... en aquellas unidades a que afectan». Dicho recurrente, adjudicatario desde 2 de Junio de 1981, de la citada contrata de obras de adaptación para la Comisaría, lo era también de un proyecto reformado posterior (29 de Octubre de 1982), y lo fue más tarde de un nuevo contrato adicional para instalación del aire acondicionado en el edificio (15 de Marzo de 1983). Fue en 7 de Octubre de 1982, cuando solicitó que se levantase acta de suspensión temporal de las obras y se fundaba para ello en que se hallaban de hecho suspendidas (por virtud de órdenes de la dirección facultativa) diversas unidades de obra del proyecto porque la ejecución de las posteriormente proyectadas había de afectarlas, al ser técnicamente previas a aquellas. Es cierto, según la prueba pericial practicada, que bastantes unidades de obra del proyecto original debieron quedar paralizadas (o convendría que lo hubieran sido) total o parcialmente hasta que se realizaran las del proyecto reformado, el de aire acondicionado o de ambos a la vez, y de hecho parece que en algunas órdenes de servicio de la Dirección Facultativa (de 15 y 27 de Abril de 1982, y 9 de Junio del mismo año) quedaban algunas como «pendientes de definir». Pero también es cierto que la citada solicitud se produjo en 7 de Octubre de 1982, cuando el proyecto reformado aún no había sido aprobado (lo fue el 18 de Octubre) y menos aún el de instalación del aire acondicionado, que lo fue en 24 de Febrero de 1983. La Sentencia dictada en 30 de Octubre de 1987, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimo el recurso interpuesto por el contratista contra la resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado de 10 de Febrero de 1983, recurrida en apelación alegando al efecto, fundamentalmente, que procedía tal suspensión como consecuencia del nuevo proyecto de reforma de tal adaptación y del referente a la instalación de aire acondicionado.

modificaciones del contrato administrativo por suspensión constituyen prerrogativas reservadas a la Administración lo mismo que las modificaciones del proyecto a que se refiere el Art. 50, es decir, manifestaciones del denominado doctrinalmente *ius variandi*. No cabe, pues, imponerlas como contractual ni tampoco como un efecto de las modificaciones citadas, que es lo pretendido en el caso. Su efecto propio será, en su caso, el abono de los daños y perjuicios e incluso la extinción del contrato si se trata de suspensión definitiva. Mas tales efectos lo son de la suspensión acordada de oficio por la Administración; no como efecto obligado de una demora del contratista producida por causas no imputables al mismo (incluso si lo fuesen a la Administración, incluidas las que derivarían de modificaciones por ella acordadas según el Art. 50), ya que en este caso lo procedente es la solicitud de prórroga en los plazos de ejecución como prevé el Art. 45 y en último extremo, la fundamentación de los efectos del incumplimiento contractual si la Administración compele o reclama. Queda así evidenciada la improsperabilidad de fondo de la demanda por ajustarse a derecho el acto recurrido. A esto cabe añadir, de una parte, la consideración relevante de que esta decisión de la Administración denegando la suspensión de las obras no puede ser considerada como acto recurrible en cuanto no pone fin ni suspende el procedimiento contractual, sin perjuicio por tanto de los efectos en la liquidación o extinción del contrato de los hechos que la motivaron.

El T.S., aclara que la desestimación del recurso resulta evidente, no sólo porque, como destaca la Sentencia apelada y se deduce de lo actuado, cuando la solicitud se produjo, los proyectos mencionados aún no habían sido aprobados, sino también porque no tiene sentido ya tal recurso, desde el momento que esta Sala en Sentencia de 6 de Julio del corriente año, dictada en el recurso de apelación 72/1988, interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de Noviembre de 1987, desestimatoria del recurso contra las resoluciones del Director de la Seguridad del Estado, denegatorias de la revisión de precios interesada por el mismo recurrente en relación con el contrato de obras de adaptación del mismo edificio para la Comisaría de Centro de Granada, confirmó esta Sentencia razonando, entre otras cosas, que «si el plazo último de ejecución de las obras, referidas al proyecto de aire acondicionado expiró el 5 de Abril de 1983, habiendo concluido el original el 20 de Mayo de 1982, y el reformado el 31 de Marzo de 1983, el 18 de Abril del mismo año 1983, vencido pues aquel plazo, se encontraban unidades de obra por realizar y a falta de alguna instalación de aire acondicionado», resulta claro como devenía improcedente la revisión pretendida.

El tema de la distinción entre la suspensión por un modificado frente a una novación contractual vuelve a aparecer en un caso de 2005⁵⁰². La U.T.E. ArrutiSantander S.A. y A.H.C Industrias de la Construcción SA, interpone recurso de casación contra la Sentencia desestimatoria dictada el 28 de Febrero de 2002, por la Sala de lo contencioso administrativo del T.S.J., de Cantabria deducido por aquellas contra Resolución dictada el 20 de Enero de 2000, por el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo por la que se desestima la reclamación por daños y perjuicios causados por las paralizaciones de las obras de ejecución imputables a la administración y sobre revisión

⁵⁰² Ver S.T.S. de 19 de Julio de 2005, Ar.9082, Nº de Recurso: 1921/2002, Ponente: D^a. CELSA PICÓ LORENZO.

de precios formulada por el recurrente con fecha 28 de Mayo de 1999, en el expediente relativo al contrato de las citadas obras⁵⁰³.

⁵⁰³ Con fecha 27 de Septiembre de 1989, se formalizó contrato entre las partes ahora litigantes por el que se adjudicaba la realización de la obra "mejora de trazado de la carretera S-561, Ramal de N- 634 al convento de Villacarriedo, P.K.0,00 al P.K. 15,20, tramo: Sarón-Villacarriedo, precio 846.781.000 de ptas., distribuido en las siguientes anualidades: 1989: 10.000.000 ptas. 1990: 93.461.225 ptas. y 1991: 743.319.775 ptas., plazo de duración de 16 meses contados desde el día siguiente al acta de comprobación del replanteo y sin revisión de precios. Que el 19 de Febrero de 1.990, se levantó acta de comprobación de replanteo apreciándose anomalías, decidiéndose la realización de una adaptación del trazado a la realidad física del terreno dentro de la franja expropiada, si bien entendida la viabilidad genérica del proyecto se autorizó la iniciación de las obras en los tramos donde era factible de acuerdo al proyecto. Que solicitada primera prórroga de la duración del contrato firmado se concedió con fecha de finalización de las obras el 20 de Diciembre de 1.991. Que en la ejecución del contrato de obras suscrito entre las partes no hubo emisión de certificación mensual de obra, estando paralizadas las mismas todo el año 1.992 y desde el 1 de Enero al 30 de Mayo de 1.993 y del 1 de Agosto al 31 de Diciembre de 1.993. Posteriormente no se emitieron certificaciones de obra en los dos primeros meses del año 1.995. Que, además, en la ejecución de las obras, tras, la primera prórroga concedida a solicitud de la empresa contratista, asimismo, se concedieron las siguientes: la segunda prórroga el 25/3/1993, con vencimiento el 31/10/1994; el 22/3/1995, con termino el 30/06/1995, tercera prórroga; el 25/5/ 1995, con plazo hasta el 31/10/1995, la prórroga número cuatro y; el 26/10/1995, plazo hasta el 31/12/1995, prórroga número cinco, fecha la última de finalización de las obras. Que con fecha 16 de Noviembre de 1.993, el Consejo de Gobierno de Cantabria, aprobó definitivamente el proyecto modificado número 1 de la obra de referencia, con un presupuesto adicional liquidado de 802.964.720 ptas. Que con fecha 25 de Noviembre de 1.993, la empresa adjudicataria, hoy recurrente, suscribió contrato administrativo con un precio adicional de 802.964.720 ptas. distribuida su financiación con cargo a las siguientes anualidades: 1993, importe de 384.000.000 de ptas. y 1.994: 418.564.720 ptas. y un plazo de ejecución hasta el 31 de Octubre de 1.994, y sin cláusula de revisión de precios. El presupuesto de adjudicación de las obras ascendió a 1.649.745.720 ptas. Que con fecha 8 de Mayo de 1.996, se recibió provisionalmente las obras y, el 11 de Diciembre de 1.997, el Consejo de Gobierno de Cantabria aprobó la liquidación provisional de la obra, por un importe líquido de obra ejecutada de 1.683.558.956 Ptas. Así mismo se aprobó la liquidación por intereses de demora en un importe de 19.250.480 Ptas. La empresa contratista presentada la liquidación provisional antes mencionada la aceptó y dio su aprobación "sin perjuicio de la petición de revisión de precios que próximamente se presentará en expediente aparte". Que con fecha 19 de Febrero de 1.998, se produjo la recepción definitiva de las obras y se autorizó por resolución de 22 de Junio de 1.998, la devolución de la fianza por importe de 43.148.096 Ptas. Que con fecha 28 de Mayo de 1.999, el representante de la entidad recurrente presentó escrito en reclamación de la cantidad de 135.168.633 ptas. por el concepto de indemnización por daños y perjuicios que le ocasionó la paralización de las obras por causas ajenas al contratista e imputables a la Administración determinándolos a través de la formula de revisión de precios. 11º.- Que en Resolución del Sr. Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo se desestimo la reclamación de la entidad mercantil, quien interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta sala. Partiendo de la relación de hechos probados, se hace preciso concluir que ha quedado acreditado la realidad incontestable de que la voluntad de las partes contratantes, hoy en litigio, lo fue, en el sentido de que: a).- Tras celebrar primer contrato de obras el día 27/12/1989, importe de 846.781.000 ptas., con plazo de 16 meses, sin pactar cláusula de revisión de precios y, aceptar como fecha de inicio de las obras, el día en que se levanto el Acta de comprobación del replanteo, día 19 de Febrero de 1.989, ello pese a las anomalías y necesidad de adaptación del trazado a la realidad física del terreno, se autorizaron las obras de los tramos en los que el proyecto inicial era factible. b) Se asumió, una vez aprobado definitivamente por la Administración, el 16/11/1993, el proyecto modificado nº 1 de la obra, los reformados experimentados en la ejecución de las obras que implicaban el incremento de obra que había excedido del 20% del precio del contrato inicial, suscribiéndose entre las mismas partes contratantes, con fecha 25 de Noviembre de 1993, "contrato adicional por modificación del proyecto", pactándose el precio adicional de 802.964.720 ptas., y, ascendiendo el presupuesto total de la adjudicación de las obras a 1.649.745.720 ptas., con pacto de exclusión de cláusula de revisión de precios. c) Las modificaciones anteriores del contrato fueron aceptadas por el contratista, quien pudo hacer uso de la facultad que le confiere el Art. 161 del R.G.C.E., (R.D. 3410/1975) para la resolución del contrato inicial y no lo hizo. d) Al aceptar la ejecución, en su momento, la contratista, hoy recurrente, admitió que en ella no podía

El Tribunal advierte que la voluntad de los contratantes se plasmó en los pactos contractuales de los documentos celebrados los días 27 de Septiembre de 1989 y 25 de Noviembre de 1993, cuya interpretación verifica conforme en relación con varios artículos del C. Civil antes mencionados. Concluye que las partes cambiaron el negocio jurídico entre ellos existente, alterando el contenido de las prestaciones contractuales, integrando estas la compensación integral a la contratista ocasionada por las incidencias contractuales. Argumenta que tras el examen de las certificaciones de obra, el Acta de recepción provisional y la liquidación provisional de obra, se constata y, lo detalla el Sr. Perito en la prueba practicada, que las paralizaciones de obra lo fueron durante los periodos de tiempo correspondientes a todo "...el año 1992 y desde el 1 de Enero de 1993 al 30 de Mayo del mismo año, y del 1 de Agosto al 31 de Diciembre de 1993..." y añade que "...La paralización de las obras de los dos primeros meses de 1995, sería responsabilidad del contratista...", de lo que necesariamente se debe entender que la reclamación basada por la recurrente en el incumplimiento de la Administración merece su desestimación conforme ha sentado la jurisprudencia, así, entre otras, Sentencia del T.S. de 16 de Mayo de 2000. Concluye que la pretensión de la recurrente sobre reclamación de daños y perjuicios para restablecer el equilibrio patrimonial entre prestaciones de la misma y la Administración no puede prosperar por vía de la revisión de precios, (reserva efectuada en la aceptación de la liquidación provisional), contenido que las partes excluyeron de forma expresa, el día 25 de Noviembre de 1993, y asimismo, tampoco, puede derivar por incumplimiento de la Administración posterior, no hallado ni acreditado su justificación para ser indemnizable, y en su consecuencia, procede la desestimación íntegra del recurso.

Explica el Supremo que pretende la recurrente⁵⁰⁴ derivar su pretensión indemnizatoria de las vicisitudes habidas con el primer contrato suscrito en 1989, que,

fundamentar una revisión de precios y, posteriormente, cuando refrendo su voluntad con la firma del segundo contrato en el que, asimismo, estaba excluida la mencionada cláusula de revisión, al igual que en el contrato primitivo, negocio que tales modificaciones no constituirían un supuesto de riesgo imprevisible, ni un supuesto de *factum principis* del que se derivara derecho a indemnización para el contratista. Precisamente estas modificaciones del proyecto primitivo, aprobadas y aceptadas con la celebración del segundo contrato adicional al primitivo, que supusieron un incremento del precio y, consabido incremento del presupuesto de ejecución de las obras son las que justifican una mayor duración de las obras inicialmente proyectadas, y sin que de esta mayor duración se pueda pretender derecho a indemnización, pues el contratista aceptó su realización, el precio pagado por ellas y la mayor duración que la realización comportaba, respecto al plazo inicialmente establecido y, evidentemente, se sopeso a la hora de formarse la voluntad contractual por ambas partes, como no pudo ser de otra manera, las paralizaciones producidas en la ejecución, habidas con anterioridad a la firma de ese contrato y, los costos de ello. c).-(sic) La voluntad intencional de la contratista, en orden a la asunción de las modificaciones contractuales, conforme con la contraprestación pactada con la Administración, se continuo exteriorizando a través de su conducta mantenida a la fecha de la aceptación por la misma de la liquidación provisional de la obra, por importe líquido de obra ejecutada en 1.683.558.956 ptas., y 19.250.480 ptas., correspondiente a intereses de demora, efectuando la reserva única de "sin perjuicio de la petición de revisión de precios" lo cual había quedado excluido siempre en las relaciones contractuales de las partes.

⁵⁰⁴ Alega la empresa la vulneración de los Arts. 49 y 53 de la L.C.E. y 148 y 158 del R.G.C.E. en relación con la jurisprudencia que los interpreta al rechazar la tesis de la Sentencia impugnada acerca de que las partes cambiaron el negocio jurídico entre ellos existente alterando el contenido de las prestaciones contractuales e integrando así las compensaciones derivadas de las incidencias acaecidas. Insiste en que los citados preceptos establecen la obligación por parte de la Administración de abonar al contratista los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir, cuando se ordene la paralización de las obras por espacio superior a una quinta parte del contrato. Explica el Supremo que nada tiene que ver con la

ciertamente, no marchó al ritmo pactado inicialmente pues fue objeto de cinco prórrogas hasta su finalización en Diciembre de 1995. Sin embargo olvida con tal argumento que en Noviembre de 1993, suscribió un segundo contrato administrativo por un precio análogo al inicialmente adjudicado que incluía las diversas modificaciones producidas a consecuencia de las anomalías detectadas desde el momento del levantamiento del acta de comprobación del replanteo. No se está, por tanto, ante un incumplimiento contractual del primer contrato suscrito en 1989, que genere un derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios derivados de un retraso culposo de la administración en el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Resulta patente que la Administración, con la absoluta anuencia del contratista, formalizó un ulterior contrato, derivado de un proyecto modificado, en el que se recogían las nuevas prestaciones contractuales pactadas entre las partes incluyendo, por tanto, los mayores costos que se hubieran podido producir a consecuencia de la prolongada duración de las obras. No ha habido, por tanto, un desplazamiento al contratista de las consecuencias derivadas de un proyecto inicial conflictivo sino que aquel vio recompensada su actitud de no interesar la resolución contractual mediante la asignación de un segundo contrato derivado de un proyecto modificado sobre el inicial.

7.6.2. Fases.

BELTRÁN GÓMEZ, A.I.⁵⁰⁵, explica que en el supuesto de que la tramitación del modificado exija la suspensión de las obras, ¿La tramitación del expediente consta de una sola fase la prevista en los Arts. 234.4 y 217.4 de la L.C.S.P., o de dos fases -la indicada más la general de las modificaciones- ? La continuación de las obras mientras se elabora el proyecto y aprueba el expediente modificado, puede llevar a la sorprendente situación de finalizar las obras sin encontrarse aprobado el modificado, con todo lo que ello puede suponer ante la imposibilidad de recibirlas hasta que sea aprobado el modificado, situación que se complicaría aun mas, si se procede a la ocupación efectiva de las obras en cuyo caso (Art. 235.6 T.R.L.C.S.P.) “... desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan.”).

cuestión objeto de controversia la Sentencia de 2 de Marzo de 1998, relativa a indemnización de daños y perjuicios derivados de la retención de la fianza por demora en la recepción definitiva. La Sentencia de 22 de Diciembre de 1977, enjuicia un contrato anterior a la L.C.E. Las Sentencias de 21 de Junio, 14 y 27 de Octubre y 9 de Diciembre de 1976, 29 de Diciembre de 1977, 27 de Abril de 1987, se refieren a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento o por el retraso culposo en el cumplimiento de sus obligaciones por la administración. La Sentencias de 28 de mayo de 1986, 27 de Enero de 1989, 24 de Julio de 1989, 28 de Diciembre de 1989, afirman que es incuestionable que está obligada la Administración a abonar al contratista los daños y perjuicios que esta acredite haber sufrido en el correspondiente expediente para restablecer el equilibrio financiero tras sentar que el acuerdo de suspensión es imputable exclusivamente a la administración contratante. La Sentencia de 2 de Octubre de 1979, declara la responsabilidad por demora en la formalización del contrato y en la comprobación del replanteo imputable a la Administración. La doctrina expresada en las Sentencias invocadas en relación con el articulado esgrimido no ha sido conculcada por la Sala de instancia por cuanto se refiere a situaciones absolutamente distintas de la declarada probada por instancia.

⁵⁰⁵ Ver, BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op.cit.

En relación con el apartado 4 del Art.146⁵⁰⁶, que fue precedente del actual Art.233.4 hay que citar un par de informes de gran interés.

En primer lugar hay que citar un Informe de 11 de Junio de 1998. La Consejera de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dirige un escrito de consulta a la J.C.C.A.⁵⁰⁷. La tramitación de modificados mediante el procedimiento excepcional que regula el Art. 146.4 de la L.C.A.P., no manifiesta dudas en cuanto al acuerdo de continuación de las obras objeto del mismo, ya que el propio artículo detalla las actuaciones necesarias para ello. Sin embargo, el tenor del párrafo cuarto de dicho artículo es confuso al referirse a que en el plazo de cuatro meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de seis meses, el expediente del modificado. En concreto la duda existe sobre si, tras la autorización inicial de continuación de las obras, el expediente debe tramitarse conforme al procedimiento ordinario, incluidos el preceptivo informe del Servicio Jurídico (Art. 60.2 de la L.C.A.P.) y la formalización del contrato.

El Art. 146.4 del la L.C.A.P., fue introducido en el mismo por el Art. 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria, con la doble finalidad de impedir la suspensión temporal total de la ejecución de obras por causa de modificaciones a introducir en las mismas y agilizar la tramitación de los propios expedientes de modificación. Por ello el propio apartado 4 en su párrafo segundo señala las actuaciones que exigirá "exclusivamente" el expediente a tramitar al efecto y al no hacer referencia dicho párrafo y apartado al informe del Servicio Jurídico, que el Art. 60.2 de la Ley establece, con carácter preceptivo, para todos los supuestos de modificaciones, es evidente la intención del legislador de suprimir tal trámite preceptivo en la tramitación

⁵⁰⁶En el Art.146 (Modificación del contrato de obras) se preveía lo siguiente: 3. Cuando el Director Facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones: - Redacción del proyecto y aprobación del mismo, - Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días, - Aprobación del expediente por el órgano de contratación así como de los gastos complementarios precisos. 4. Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20% del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación. El expediente a tramitar al efecto exigirá exclusivamente las siguientes actuaciones: a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figurará el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar. b) Audiencia del contratista. c) Conformidad del órgano de contratación. d) Certificado de existencia de crédito. En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado. Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas en el contrato, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas. La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras, que no podrá ser objeto de delegación, implicará en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación del expediente del gasto".

⁵⁰⁷ Ver, Informe 8/98, de 11 de Junio de 1998. Concurrencia de varias personas a la adjudicación de un contrato (unión temporal de empresas). Tramitación de expedientes de modificación de un contrato de obras (Art. 146.4). Efectos de la falta de constitución de la garantía definitiva.

de modificaciones al amparo del Art. 146.4 de la Ley. Solución distinta debe darse a la cuestión de si es precisa la formalización de modificaciones en los supuestos del mismo Art. 146.4, pues esta Junta entiende que debe regir la regla general del Art. 102.2 de la Ley expresiva de que "las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el Art. 55", por la doble razón de que, por un lado, en sentido estricto, la formalización no es una actuación del expediente a tramitar, que, según se desprende del propio Art. 146.4, termina con la aprobación del expediente, a la que debe seguir, por tanto, la formalización y, por otra parte, dada la simplicidad con que se regula la formalización en la L.C.A.P., refiriéndola al documento administrativo, parece de todo punto conveniente que la modificación quede reflejada por escrito, para que ambas partes Administración y contratista- puedan ejercitar y hacer valer sus respectivos derechos, en cuanto derivan de la modificación aprobada.

En relación con el Art. 146.4 de la L.C.A.P., también hay que considerar un Informe de 2002⁵⁰⁸, precedente del actual Art. 234.4, donde se explica que de la redacción de dicho precepto parece desprenderse que cabría distinguir dos momentos o fases en la tramitación de tales modificados: Una primera fase en que se autoriza por el Ministro la continuación provisional de las obras de acuerdo con una propuesta técnica elaborada al efecto por la dirección facultativa y en la que "el expediente a tramitar al efecto" exigirá exclusivamente los trámites que se señalan (propuesta técnica motivada, audiencia del contratista, conformidad del órgano de contratación y certificado de existencia de crédito). Una segunda fase que debe producirse en el plazo de ocho meses, en la que debe procederse ya a la aprobación del expediente del modificado, previa aprobación técnica del proyecto, con la incorporación de todos los documentos propios del mismo. Así viene interpretando esta Intervención General el precepto comentado y el informe 8/1998, de 11 de Junio, de la J.C.C.A., ya que, efectivamente, y tal y como se señala en el propio Art. 146.4, en un primer momento, en el que se autoriza la continuación provisional de las obras, no es necesario cumplimentar sino los trámites que específicamente se señalan y entre los que no figura el informe del Servicio Jurídico. Sin embargo, dado que se establece la necesidad posterior de aprobar técnicamente el proyecto y el propio expediente modificado dentro de los plazos a tal efecto previstos, en una segunda fase debe ser completado el expediente tanto técnico como económico con los requisitos generales propios de los mismos (proyecto, supervisión, replanteo, informe del servicio jurídico. ..); necesidad que parece corroborar asimismo la posibilidad a que hace referencia expresamente el Art. 146.4 en su último inciso de que deban realizarse ajustes en el momento de aprobar el expediente respecto de las previsiones contenidas inicialmente en la propuesta técnica, donde figura un "importe aproximado de la modificación " y una " descripción básica de las obras a realizar ".

Así, hasta que no se completa y se aprueba el expediente del modificado se estaría actuando conforme a unas actuaciones previas provisionales. En tal sentido, la identificación del expediente del modificado exclusivamente con las actuaciones del expediente inicial (propuesta técnica motivada, audiencia del contratista, conformidad del órgano de contratación y certificado de existencia de crédito), privaría de sentido el diferimiento de la aprobación del expediente del modificado al plazo de ocho meses,

⁵⁰⁸ Ver, Informe 49/01, de 30 de Enero de 2002. "Trámites previos precisos para la modificación de contratos de obras en los supuestos del Art. 146.4 de la L.C.A.P.".

pues en tal caso realmente parece que ya se habría producido la aprobación del expediente por el Ministro en el momento de autorizar la continuación provisional de las obras. Dicha identificación haría, asimismo, cuestionable la utilidad de la aprobación del proyecto una vez que el expediente de modificado "simplificado" se hubiese ya aprobado por el Ministro. Dada la relevancia que la interpretación de este precepto puede tener en la tramitación de los correspondientes expedientes de contratación y teniendo en cuenta que, de conformidad con el Art. 10 de la L.C.A.P., texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, la J.C.C.A., es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado en materia de contratación, esta Intervención General solicita, en virtud de lo dispuesto en el Art. 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de Enero, sobre régimen orgánico y funcional de la J.C.C.A., el criterio de dicho órgano sobre las cuestiones de referencia."

En el presente informe, ante todo, señala la J.C.C.A. que en el escrito de consulta, no solo se plantea la cuestión suscitada, sino que se anticipa el criterio de la Intervención General sobre la misma, por lo que esta Junta Consultiva debe limitarse a manifestar si comparte o no tal criterio sobre la interpretación del Art. 146.4 de la L.C.A.P. En este sentido una solución afirmativa se impone como consecuencia del análisis de la estructura y términos utilizados por el citado Art. 146.4 L.C.A.P., en el que, como afirma la Intervención General, deben distinguirse dos fases, la primera relativa a la autorización de la continuación provisional de las obras y la segunda relativa al expediente del modificado. En la primera fase se resuelve sobre la base de una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa y el expediente a tramitar al efecto exige las actuaciones detalladas en las letras a) a d) del segundo párrafo del Art. 146.4 entre las cuales deben figurar el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar. La segunda fase está constituida por la aprobación del expediente del modificado que debe producirse en el plazo de ocho meses y en el que ya no será suficiente fijar el importe aproximado de las obras y realizar una descripción básica de las mismas, sino que este expediente del modificado deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos, la aprobación técnica del proyecto que el propio Art. 146.4 prevé que ha de tener lugar en el plazo de seis meses posterior a la autorización de continuación de las obras.

7.6.3. Derecho a indemnización por la suspensión.

En muchas ocasiones la necesidad de afrontar un modificado supone la necesidad de retrasar la marcha de la obra ocasionando la necesidad de suspender el contrato y la producción de perjuicios evidentes para el contratista que puede ver alterada su planificación.

Históricamente la legislación de contratos del Estado ha previsto que en caso de decretarse la suspensión el contratista tenía derecho a una indemnización. Así el Art.49 de la L.C.E. y 148 del R.G.C.E., de 1975, resolvía al respecto que "si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato, o, en todo caso, si aquélla excediera de seis meses, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios que éste pueda

efectivamente sufrir. La suspensión definitiva de las obras acordada por la Administración se regulará por lo dispuesto en el Art. 162 del presente Reglamento”.

Sí se reconoce derecho a indemnización en dos asuntos de 1981. Uno, primero,⁵⁰⁹ donde la pretensión indemnizatoria ejercitada se funda básicamente en lo preceptuado en el Art. 49 de la L.C.E. En este supuesto y tal como reseñamos en el anterior apartado está acreditado el retraso de la iniciación de las obras desde el 1 de Junio de 1972,(data prevista para la iniciación en el calendario o plan de la obra no modificada en los actos de adjudicación) hasta el 16 de Diciembre siguiente en que se realizó la comprobación del replanteo y se dio la orden de comienzo de las mismas sin que pueda dudarse de la imputabilidad de tal demora a la Administración ya que aunque sea cierto que el hecho de la aparente o posible baja des proporcionada de la oferta le obligó a seguir los trámites del Art 32.b de la ley es también claro que una vez aceptada definitivamente por la adjudicación sin reserva o modificación alguna perviven todas las relaciones jurídicas etc., que han de formar el contenido del contrato de obra (Arts. 31,52,59 y 45 de la ley) y cuyos efectos son los previstos en la ley, clausulas administrativas generales y particulares pactadas sin que además tal trámite incidental fuese determinante esencial de la demora ya que el informe de la Junta Consultiva lleva fecha 17 Junio (salida 20) y la adjudicación definitiva no se produjo hasta el 2 de Agosto la formalización del contrato se produjo fuera del plazo previsto en el Art 59 de la ley y 120 del Reglamento y la comprobación del replanteo se llevó a efecto el 16/12/72, esto es más de 2 meses después de la fecha tope prevista en el Art 127 del Reglamento unido todo ello a que la tramitación inicial del procedimiento licitatorio había sufrido retraso imputable

⁵⁰⁹Ver S.T.S. de 12 de Mayo de 1981, Ar.2042, Ponente: D. PAULINO MARTÍN MARTÍN. Con fecha 5 de Mayo de 1972, la Mesa de Contratación del Patronato de Casas de la Armada acordó la adjudicación provisional a favor de la recurrente de un contrato de obras para construcción de 84 viviendas (para el Patronato dicho) de Renta limitada y Subvencionadas en la Supermanzana 7 Barrio del Pilar ,Vía 4 con v/c 4 en Madrid, por un presupuesto de 46.728.022,85 ptas. a realizar en el plazo de 18 meses; que la adjudicación definitiva de la obra se realizo el 2 de Agosto del mismo año después de que el Patronato usando de la facultad que concede el Art 32 de la Ley de Contratos Administrativos, con los informes oportunos alegó que la importante rebaja en la cantidad presupuestada hecha por la empresa adjudicataria provisional no era inadecuada habiendo hasta asumido la responsabilidad después de afirmarse en que por la cantidad ofertada podía efectuar las obras; que la fecha de licencia provisional de obras es de 11/10/72 la de la licencia definitiva de 5 de Noviembre de 1973; que el Arquitecto de la Constructora dice que el replanteo que hizo con fecha 16 de Diciembre de 1972 hablando del retraso de las obras a causa del mal tiempo con fecha 22 de Febrero de 1975,la recurrente pide al Patronato aumento del precio por revisión de precios ya que el presupuesto de las obras aumentó considerablemente a causa de nuevas obras contratadas; y el 30 de Septiembre de 1974, dirige una nueva carta al Patronato insistiendo en una revisión de precios que le fue denegada. Recurrida esta negativa ante el Consejo Director del Patronato, con fecha de 28 de Octubre de 1976, fue denegada su reclamación y recurrida en alzada al Ministro con fecha 24 de Enero de 1977, fue desestimada. Que contra los anteriores acuerdos Contractor SA., interpuso recurso contencioso administrativo pidiendo que se declare el derecho de esta parte a la indemnización de los daños y perjuicios causados por retrasos en la ejecución de obras imputable a la Administración cuya cuantificación deberá efectuarse en trámite de ejecución de Sentencia. En el transcurso de la obras se incrementó el volumen (y calidad) de la misma alcanzando la liquidación final la cifra de 95.609.451 ptas. frente al presupuesto de adjudicación de 46.728.022 ptas., si bien tales modificaciones del proyecto y precios de muchas unidades de obras fueron convenidos por las partes aunque también parece cierto y en alguna medida que el constructor soportó una carga financiera anormal al tener que asumir la financiación mediante créditos convenidos al efecto de cubrir los incrementos de obra por un alto importe. Es destacable el hecho reconocido por ambas partes de que el contratista cumplió bien y en el tiempo convenido las prestaciones que como constructor que se derivaban del contrato y de las modificaciones introducidas a posteriori por la dirección de la obra y aprobación del Patronato.

exclusivamente a la atonía burocrática y que ya predecía la imposibilidad material de iniciar las obras en la fecha prevista y no alterada expresamente aunque si en la realidad al demorar sin causa justificativa la realización de la del replanteo hasta el día de Diciembre siguiente tantas veces citado.

Que asimismo es cierto el retraso al menos dos meses en la culminación de las obras por indecisiones o no adopción de acuerdos de la Junta de Patronato en temas referentes a obras convenidas (ampliación etc.) como la calorifugación de tuberías, impermeabilización de las terrazas etc., y si esto es así es claro que nada impide adicionar los periodos de tiempo en que la obra sufrió retraso o estuvo suspendida para determinar en fin si alcanza la entidad prevista en el Art 49 de la ley -6 meses o quinta parte para originar el derecho del contratista a los daños y perjuicios efectivamente sufridos; en este caso no ofrece duda de que la obra no pudo ser iniciada hasta después de transcurrir 6 meses de la fecha prevista (formaba parte de las condiciones establecidas como calendario o programa de trabajo e integradas en el contrato a todos los efectos) por omisiones o retrasos imputables al dueño de la obra (Administración) y sin necesidad de que la orden de suspensión se manifestase por escrito (como requisito), ya que lo que importa es que la paralización le sea imputable pues de ser así debe asumir la responsabilidad por los daños causados por demora superior al plazo legal en los términos señalados en el Art.49 de la Ley y acorde con el principio general de responsabilidad de la Administración previsto en el Art 40 de la Ley de Régimen Jurídico y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa .

Que las especiales circunstancias concurrentes en este contrato permiten atribuir al contratista una gran muestra de buena fe (cumplimiento en forma correcta de lo convenido y ampliado en situación difícil como consecuencia de la extraordinaria subida de los precios a lo largo de 1973, etc.) que avalan la aplicación como criterios interpretativos complementarios de los principios o reglas de la equivalencia buena fe, etc. como soportes de la indemnización pretendida en cuanto que la misma es precisa para mantener la equivalencia de las prestaciones como expresión del principio de regularidad y precisión jurídica recíproca (Sentencias de 27 Abril 1974 y 2 Enero 1979,etc.), gravemente alterada en este caso ya que las previsiones que predeterminaron la oferta (y transcurridos los meses de paralización -por inactividad de la Administración) se vieron incididas por unos incrementos de precios muy superiores a los normales que agravaron de forma importante la situación del contratista que por culpa de la Administración no pudo aprovechar la relativa estabilidad de precios en el primer periodo de ejecución a partir de la data inicial prevista; y si esta paralización material (equiparable a la suspensión) es encuadrable por su extensión en el Art 49 de la ley la consecuencia no puede ser otra que la de proclamar la indemnidad del contratista con la consiguiente declaración de responsabilidad de la Administración para evitar en fin un auténtico enriquecimiento sin causa⁵¹⁰.

⁵¹⁰En cuanto al tema de la fijación del importe de los daños se difiere al periodo de ejecución de Sentencia y si bien como regla la indemnización ha de cubrir el desequilibrio económico producido en la fase de ejecución del contrato por los nuevos precios o costes esto es la diferencia entre el coste de la obra a los precios pactados y el coste real más las partidas que legalmente sean procedentes (Art. 68 del Reglamento), sin embargo esta indemnización debe circunscribirse a la obra contemplada en el proyecto y presupuesto que sirvieron de base a la adjudicación y contrato por un importe de licitación de 46.728.022,85 ptas.,(mayor coste que tuvo que soportar el constructor como consecuencia de las

También se puede citar otro asunto de 1981⁵¹¹. El Supremo comienza aclarando que si bien es cierto que toda contratación administrativa es eminentemente formalista, y de ahí que, y refiriéndonos exclusivamente al contrato de obras, de consuno el Art.41 de la L.C.E. y el Art. 125 del R.G.C.E., prohíban a la Administración contratar verbalmente la ejecución de obras, así como iniciar éstas sin la previa formalización del contrato correspondiente, salvo que se trate de obras urgentes - Art. 26 de la Ley y 90.3. del Reglamento- o de emergencia -Art. 27 Ley y 91 del Reglamento- imponiéndose preceptivamente a las partes, respecto del contrato de obras, cualquiera que sea la forma en que el mismo se hubiera adjudicado, su formalización en escritura pública, en todo caso, dentro de los 30 días siguientes a su aprobación – Art. 39 Ley y 120 del Reglamento -; no por ello puede desconocerse, que la formalización de este contrato aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo pues este contrato se perfecciona generando derechos y obligaciones tanto para la Administración contratante como para el contratista particular que con ella se ha concertado obligándoles como tal contrato a

paralizaciones o retrasos sufridos), no al exceso de obra (modificación o mejora del Proyecto desde tal cifra a los 95.609.431 ptas.), ya que la ampliación mayor volumen o calidad fue consecuencia de sugerencias del Patronato ordenes de la dirección de la obra y aceptación del constructor previa conformidad con el precio de las nuevas maldades a realizar y que la insuficiencia del expediente aportado impide a la Sala una cabal valoración; todo ello sin perjuicio de incluir en la liquidación el coste financiero de los créditos afrontados por el contratista para suplir las dificultades que se presentaron por el coste de la obra en razón del mayor volumen e incrementos de precios añadidos por el retraso. Y sin olvidar por otro lado la baja del tipo de licitación que conforma la adjudicación.

⁵¹¹Ver S.T.S., de 27 de Octubre de 1981, Ar.4693, Ponente: D. RICARDO SANTOLAYA SÁNCHEZ. Adjudicada definitivamente en 30 de Septiembre de 1.971, a la sociedad apelante la obra de construcción de 260 viviendas y urbanización en el Polígono "Elviña", Unidad vecinal número 4, de La Coruña, y constituida por la constructora la fianza definitiva, en 1c de Febrero de 1.972, reunidos en los terrenos de la obra de referencia, el Arquitecto-Director, el Aparejador-Inspector y el representante autorizado; la adjudicataria, se levanta acta de iniciación, en la que haciéndose constar- que así dicha fecha se inician los trabajos de construcción, al comprobarse, por una parte, la existencia de roca al efectuar la explanación, y por otra, la mala calidad del terreno que afectan al emplazamiento de los bloques de viviendas, la Dirección Facultativa hace constar la necesidad de proceder a estudios del terreno y a un cambio de la cimentación proyectada, con lo que sin una previa autorización es imposible continuar los trabajos. Que la escritura pública de formalización del contrato de obras se otorgó el día 22 de Febrero de 1.972; 30.- Que en 21 de Julio de 1.972, y salvadas las dificultades anteriores con un proyecto reformado con aumento del importe de la obra en 25.177.606 ptas., se levantó una nueva acta denominada se replanteo, conformidad e iniciación con la presencia del Arquitecto-Director, del representante de la Obra Sindical del Hogar, del Arquitecto del Instituto Nacional de la Vivienda y del representante de la empresa contratista, en la que el Arquitecto-Director, ordena que en dicho día se inicien las obras en su totalidad, entrando en vigor la Cláusula 18 del P.C.A.P., relativa al plazo de ejecución total de la obra, -quince meses-; y, 40. Que entre ambas actas transcurrió un plazo de 5 meses y 21 días que evidentemente excede de la quinta parte de dicho plazo de ejecución. Con fecha 17 de Junio de 1.974, la dirección General del Instituto Nacional de la Vivienda dictó resolución por la que se denegó a la Compañía " Termac, Empresa Constructora S.A." la petición de la misma de indemnización por daños causados debida a la suspensión temporal de las obras que le fueron adjudicadas en su día para la construcción de un grupo de 260 viviendas y urbanización en Elviña II U.V. nº 4 en la Coruña; contra cuya resolución se interpuso el recurso de alzada ante el Ministerio de la Vivienda, que fue desestimado el 18 de Noviembre de 1.975. Que contra las anteriores resoluciones, por la entidad ""Termac Empresa Constructora S.A." se interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando se reconociese el derecho de la sociedad recurrente a la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la misma por razón de la suspensión de las obras de construcción de 260 viviendas, urbanización y C.V. nº 4 de protección oficial, en el polígono de "Elviña II", (La Coruña). En la Sentencia apelada se desestimó la pretensión indemnizatoria esgrimida fundada en la suspensión temporal de la obra contratada por causa imputable a la Administración, indemnización que se apoya en el Art. 148 en relación con el 127 del R.G.C.E.

partir de la adjudicación definitiva - Art. 32 de la Ley y 109 del Reglamento - sin que el incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato pueda afectar en absoluto, ni a la existencia, ni a la validez del mismo, lo que claramente se deduce del contenido del párrafo segundo del Art. 39 de la Ley, en el que precisamente porque el contrato existe y es perfectamente válido, dispone que la falta de formalización del mismo por causas imputables al contratista determina su resolución con incautación de la fianza constituida, declaración que reitera el párrafo segundo del Art. 120 del Reglamento, el que en su texto vigente aprobado por Decreto de 25 de Noviembre de 1.975; en el párrafo tercero de este artículo, declara, además que si las causas de la no formalización del contrato fueran imputables a la Administración, ampliará el plazo señalado en el mismo tiempo que resulte perdido como consecuencia de la causa de que se trate, indemnizando al contratista los daños que esta demora le pueda ocasionar.

Que abundando en lo anterior es de ver que, si como anteriormente se puntualizó, la ejecución de un contrato de obras no puede iniciarse sin la previa formalización del contrato en escritura pública, lo cierto es que el legislador en el R.G.C.E., ha previsto la posibilidad de que así ocurra, y aunque dicha iniciación pudiera considerarse como una actuación irregular, desde luego imputable a la Administración, no por ello dejaría de ser válida, declarando el Art. 125.2 del Reglamento, la responsabilidad personal de los jefes y funcionarios que contratasen con empresarios la puesta en marcha de obras sin cumplir los requisitos exigidos en el propio Reglamento haciéndoles responsables de los pagos derivados del negocio irregular.

Que la Sentencia apelada para denegar la pretensión indemnizadora formulada, y previo examen de los supuestos posibles de responsabilidad de la Administración en la dinámica del proceso contractual para precisar que la ejercitada por Termac Empresa Constructora S.A. hay que subsumirla en el supuesto contemplado en el Art. 148 en relación con el 127, ambos del Reglamento General de Contratación, se fundamenta en que la primera acta de iniciación de trabajos levantada en primero de Febrero de 1972, resulta prelativa por cuanto que aún no se había formalizado el contrato afirmación rigurosamente cierta, porque como está acreditado, dicha formalización en escritura pública tuvo lugar 21 días después, concretamente el día 22 del propio mes de Febrero, siendo suscrita por la contratista sin otra reserva que la referente al plazo de ejecución, por lo que, dicha acta, como actuación irregular entraña al proceso contractual, no tiene operatividad para enlazar a ella inicios de la ejecución y tampoco consecuencias indemnizatorias basadas en la suspensión temporal de una ejecución que no podía iniciarse en el indicado tiempo, siendo a través del acta levantada en 21 de Julio de 1972, cuando realmente se ordena la iniciación de los trabajos y se hacen las oportunas referencias al replanteo previo, esto es al del Art. 84 del Reglamento. El T.S., entiende que la conclusión anterior a la que se liga por el Tribunal "a qué" no puede ser compartida por esta Sala ya que según aparece acreditado en el expediente administrativo el acta de replanteo previo con asistencia del representante de la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda, del Arquitecto autor del proyecto y del Técnico Sindical de la Vivienda tuvo lugar el día 4 de Septiembre de 1971, haciéndose en la misma constar que el solar en que se proyecta la construcción es suficiente en cuanto a superficie para construir el número de viviendas proyectado que aparentemente no existe obstáculo que impida la realización del citado proyecto, existiendo también incorporada al expediente una certificación del Arquitecto Autor del

proyecto expedida el mismo día 4 de Septiembre en la que se reitera lo anterior, y en ambos documentos, acto de replanteo previo y certificación dicha, se hace una expresa referencia de que se levantan en cumplimiento de lo ordenado en el Art. 84 del R.G.C.E.; y por ello el primer acta levantada el día primero de Febrero de 1972, hay que considerarla como de comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación de que se ocupa el Art. 127 del Reglamento, y como en ella expresamente se declara en dicha fecha se inician los trabajos de ejecución de las obras, si bien al comprobarse la existencia de roca al efectuar la explanación y la mala calidad del terreno que afectaba al emplazamiento de los bloques de viviendas, la dirección facultativa hacía constar la necesidad de proceder a nuevos estudios del terreno y un cambio de la cimentación proyectada, es decir, causas imputables a la Administración, procediendo a la suspensión de los trabajos por cuanto sin una previa autorización era imposible continuar los mismos; y este acta, actuación evidentemente irregular, por lo que anteriormente razonamos, pero válida porque la falta de formalización del contrato ni afecta a su existencia ni a su validez, puede perjudicar al contratista que actúa de buena fe y si surte efectos a los fines que ella misma declara de iniciación de los trabajos de la ejecución de la obra y de las consecuencias indemnizatorias que por la suspensión temporal de las mismas se prevén en el párrafo tercero del Art. 127 y en el Art. 148, ambos del Reglamento citado, sin perjuicio claro está de la responsabilidad personal que frente a la administración hubiesen podido incidir los funcionarios técnicos que intervinieron en ella, suspensión temporal que por así declararse expresamente en el artículo y párrafo anteriormente invocada de contarse, a partir del día siguiente a la firma del acta, y que en todo caso el acuerdo de autorizar el comienzo de las obras, una vez superadas las causas que lo impidieron requiere un acto formal; acto formal que del examen del expediente administrativo quedó plasmado en el acta levantada en 21 de Julio de 1972, en la que una vez resuelta la cimentación se ordena la iniciación de las obras en su totalidad, iniciándose en dicho día el computo del plazo de ejecución estipulado. Que estableciendo el Art. 53.2 de la L.C.E., el principio general de que el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato obligaría a tal pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista, en cuya clara expresión se comprenden todos los supuestos de incumplimiento por la Administración de obligaciones impuestas a la misma por la legislación de contratos, que no estén previstos en la Ley como causas de resolución; y, a la luz del Art.148 del Reglamento de 1975, obligado resulta concluir declarando el derecho de la empresa contratista a que el Instituto Nacional de la Vivienda responsable directo de la construcción de las viviendas controvertidas, como así expresamente se afirma en el segundo de los Considerandos de la Resolución del Ministerio de la Vivienda de 18 de Noviembre de 1975) le indemnice de los daños y perjuicios que a través de una prueba, que en todo caso debe exigirse rigurosa, objetiva y desprovista de todo matiz subjetivista o presuntivo derivado del mero incumplimiento de preceptos reglamentarios, acredite cumplidamente que por causa de la suspensión temporal de la obra efectivamente se le han causado; cuyo montante se determinará en periodo de ejecución de esta Sentencia teniendo en cuenta el incremento que los precios de los materiales y mano de obra pudieran haber oficialmente experimentado en el periodo de ejecución de la meritada obra.

Se reconoce sin más el derecho a indemnización por suspensión de las obras en un asunto de 1988⁵¹². El T.S., señala que, analizando la primera de las cuestiones -sanción por demora- es patente que la Sentencia de primera instancia, al anularla ha procedido conforme a derecho. Porque es claro que hay una ampliación, alteraciones y modificaciones de las obras contratadas que inevitablemente inciden en el proceso de ejecución de las inicialmente previstas, dándose el caso de que no se fija un plazo concreto para estas otras obras, llegándose a una situación de desarreglo en la ejecución de la que no puede decirse que el Ayuntamiento carezca de responsabilidad. La anulación de la sanción con la consecuencia de la devolución de la multa es, pues, lo que procede en derecho, y la Sentencia impugnada al acordarlo así debe ser confirmada. Y debe hacer constar, además, que lo que el Ayuntamiento no explica es por qué estas obras que efectivamente han sido realizadas no debe pagarlas la Corporación municipal que las ha encargado y aceptado.

Ya en la década de los noventa hay que traer a colación un caso de 1997. Frente a la invocación del riesgo y ventura se reconoce el derecho a la indemnización por suspensión en un caso de 1997⁵¹³. La Sentencia de instancia afirma (FJ 3º) que la

⁵¹²Ver S.T.S., de 7 de Diciembre de 1988, Ar.9494, PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro. El Ayuntamiento de Coín en sesión celebrada el 11 de Marzo de 1981 adjudicó definitivamente obras de construcción de un Centro Comarcal de Salud a la Empresa Metalcón, S. L., en la cuantía de 37.141.198 ptas., firmándose el oportuno contrato el 25 de Marzo del mismo año, del que interesa aquí destacar, la cláusula 7.ª, sobre plazo de ejecución que sería el de dieciocho meses contados desde el siguiente al de notificación del acuerdo de adjudicación definitiva, y 10.a, en cuanto a la imposición de 2.000 ptas., de multa por día de demora en la ejecución del contrato. El 15 de Julio de 1981, se realiza el replanteo de las obras y se da comienzo oficial a las mismas, que se realizan normalmente hasta el 14 de Marzo de 1983, en que consta la interrupción de las obras, y en fechas posteriores, lenta ejecución, lento avance hasta el 3 de Noviembre en que se constata en el libro de órdenes larga interrupción de las mismas, así como que en 21 de Julio de 1983, se ordena ejecutar determinada obra, que el día 2 de Enero de 1984, no estaba ejecutada y el 29 de Diciembre de 1983, se ordena efectuar una serie de trabajos para la finalización de las obras, parte de las cuales el 26 de Enero de 1984, no se había realizado. Durante la ejecución de las obras el Ayuntamiento introduce una serie de modificaciones que afectaban a obras de infraestructura y otras, por un importe superior a diez millones de ptas., formalizándose los oportunos precios contradictorios y aceptándose en cuanto a las obras de infraestructura por el Arquitecto Director de las mismas, el Arquitecto Municipal; de la cuarta certificación de obras se descontó la cantidad de un millón ciento cincuenta y tres mil novecientos cuarenta y nueve ptas., por no ejecución de obras del proyecto. El Ayuntamiento por decreto de la Alcaldía de 20 de Marzo de 1984, acuerda instruir expediente para la resolución del contrato, lo que notifica para alegaciones en el plazo de diez días a Metalcón, S. L. y en sesión plenaria de 13 de Junio de 1984, acuerda la resolución del contrato, la sanción de trescientas treinta mil ptas., por demora, adjudicar las obras que quedan por adjudicar (cuyo importe es de 3.644.249 ptas.), y la pérdida de la fianza. Contra la impugnación de la denegación presunta del Ayuntamiento del recurso de reposición interpuesto en 11/07/1984, contra acuerdo de fecha 13/06/1984 que acordó resolver el contrato formalizado por la empresa recurrente y el mencionado Ayuntamiento en 25/03/1983 para la construcción de un Centro de Salud Sub comarcal. Contra los anteriores acuerdos se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Granada. El Tribunal dictó Sentencia de fecha 19 de Febrero de 1987, cuyo fallo estima en parte el recurso interpuesto por Metalcón S. L., por la que se anuló, el acuerdo del Ayuntamiento de Coín de 13 de Junio de 1984, en cuanto impone a la citada Sociedad una multa de 330.000 ptas., por retraso en la construcción de un Centro Comarcal de Salud, dejándolo en vigor el resto, y declara el derecho de la misma sociedad a ser reembolsada en la cantidad de 10.804.667 ptas.

⁵¹³ Ver S.T.S. de 24 de Diciembre de 1997, Ar.9622, N° de Recurso: 1903/1992, Ponente: D. RICARDO ENRIQUEZ SANCHO. Con fecha 12 de Julio de 1998, la entidad mercantil Dragados y Construcciones reclamó a la Diputación General de Aragón indemnización de daños y perjuicios producidos como consecuencia de las diversas vicisitudes experimentadas durante la ejecución de las obras de

pretensión de la parte recurrente únicamente podría ampararse en el Art. 53 de la Ley de Contrato del Estado, de 8 de Abril de 1965, cuyo párrafo segundo impone a la Administración el deber de indemnizar los perjuicios causados al contratista cuanto aquélla haya incumplido alguna de las cláusulas del contrato, y estima parcialmente dicha pretensión, pese a que reconoce (Fundamento Jurídico Cuarto) que no puede decirse que el retraso en el plazo de ejecución del contrato pueda considerarse como un incumplimiento imputable a la Administración. No existe en la Sentencia de instancia declaración alguna que establezca que la Administración de la Comunidad recurrente haya incumplido alguna cláusula del contrato de obras celebrado con Dragados y Construcciones, S.A. y, sin embargo reconoce en favor de ésta el derecho a ser indemnizada de los perjuicios causados por la indebida prolongación del plazo pactado de ejecución del contrato. Pero de esto no se sigue que haya aplicado indebidamente el precepto citado, pues de la completa lectura de la Sentencia de instancia, principalmente de sus Fundamento de Derecho Quinto, Sexto y Séptimo, resulta con toda claridad que no es el incumplimiento imputable a la Administración en lo que apoya el deber de ésta de indemnizar, sino en el ejercicio por ella del *ius variandi*, que dio lugar a diversas alteraciones del contrato inicial y a multitud de incidencias durante su ejecución, que determinaron, en definitiva, que el contrato no pudiera ejecutarse en el plazo pactado, sino que su ejecución se dilató por esa causa durante seis meses más, y que la estimación de los perjuicios causados al contratista por ello fue la cantidad a cuyo pago resulta obligada la Administración contratante. Aún no citado por la Sentencia de instancia, puesto que la Administración ha impuesto alteraciones en la ejecución de la obra que modifican el ritmo de aquella, demorando su plazo de ejecución en más de una quinta parte del pactado, se ha aplicado al Art. 49 de la L.C.E., que establece que si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato, abonará al contratista los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir.

Alega también la Comunidad Autónoma de Aragón que la Sentencia recurrida infringe el Art. 46 de la L.C.E., conforme al cual "la ejecución del contrato se ejecutará a riesgo y ventura del contratista y éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, perjuicios o averías causadas por las obras, sino en los casos de fuerza mayor", pero este motivo ha de rechazarse habida cuenta lo antes argumentado. El contratista asume la obligación de ejecutar la obra conforme al precio pactado, aceptando el riesgo de que a lo largo del contrato su ejecución resulte más gravosa por cualesquiera circunstancias que no sean debidas a fuerza mayor, pero ese riesgo no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su *ius variandi*, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas.

rehabilitación del Edificio Pignatelli para sede del Gobierno de Aragón, según "Proyecto de Ejecución de Presidencia y de los Departamentos de Presidencia y Relaciones Institucionales, Agricultura, Ganadería y Montes e Industria, Comercio y Turismo", que le fue adjudicado el 13 de Marzo de 1986, sin que dicha reclamación fuera resuelta expresamente. Tanto la Comunidad Autónoma de Aragón como la entidad mercantil Dragados y Construcciones S.A. interponen recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J., de Aragón de 3 de Octubre de 1992, que estimó en parte el recurso interpuesto por la indicada sociedad y reconoció en su favor el derecho a ser indemnizada.

Por su parte, la entidad Construcciones y Contratas, S.A., opone cuatro motivos de casación, el primero de los cuales es la infracción del Art. 21 L.C.E. y 58 de su Reglamento, alegando que, en contra de lo prescrito por tales preceptos, el proyecto de rehabilitación cuya ejecución le fue adjudicada no estaba completo, hasta el punto que su realización completa necesitó multitud de modificaciones posteriores, aunque el correcto entendimiento de este motivo que, aisladamente considerado tendría escasas posibilidades de prosperar, habida cuenta que ese proyecto es el que sirvió de base a la adjudicación y ninguna de las empresas que participaron en ella puso objeción alguna en cuanto a la posibilidad de llevarlo a la práctica, ha de conectarse con el expresado en segundo lugar, en el que aduce que la Sentencia de instancia ha infringido lo dispuesto en el Art. 29 del R.G.C.E., que prohíbe celebrar contratos en los cuales la prestación del empresario quede condicionada a resoluciones e indicaciones administrativas posteriores a su celebración. En definitiva, la entidad recurrente considera que la ejecución del contrato originalmente concertado se vio sometida a una serie de modificaciones de tal entidad que alteraron la naturaleza de las prestaciones del empresario haciéndolas mucho más gravosas respecto a lo que era previsible cuando hizo la oferta. Sin embargo estos motivos no pueden prosperar porque, como la propia entidad que los opone manifestó al contestar al escrito de interposición del recurso de casación presentado por la Administración contratante, en un recurso de casación no cabe discutir la valoración de las pruebas que haya efectuado ante el Tribunal *a quo*, y en este recurso la Sentencia de instancia, apreciando las diferentes pruebas practicadas y apoyándose principalmente en el dictamen pericial emitido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón, llega a la conclusión de que todas las incidencias surgidas durante la ejecución del contrato son las propias de una obra de rehabilitación de un edificio antiguo, perfectamente previsibles en el momento en que cada una de las empresas que acudió al contrato realizó las correspondientes ofertas y que no han desvirtuado en modo alguno la naturaleza de la prestación realizada por el empresario. Por las mismas razones ha de desestimarse el tercer motivo de casación en el que se dice infringido el Art. 76 del R.G.C.E., que impone a las oficinas de Supervisión de proyectos la misión de examinar los proyectos de obras de su competencia y vigilar el cumplimiento de las normas reguladoras de la materia.

En cuanto a cómo debe ser la indemnización, resulta interesante mencionar un caso de 1987⁵¹⁴. Por el Abogado del Estado se reconoce y admite tanto el nexo de causalidad

⁵¹⁴Ver S.T.S. de 27 de Abril de 1987. Ar.4763, PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Garayo Sánchez. Por Resolución de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 30 de Mayo de 1980, se procedió a la adjudicación definitiva a favor de las sociedades recurrentes de la ejecución de las obras de un paso inferior para peatones en la travesía de Galdácano (Vizcaya) de la CN-634, señalándose un presupuesto de ejecución de 3.742.000 ptas. y un plazo para la terminación de las obras de seis meses, con indicación, asimismo, de las anualidades líquidas a satisfacer: a cuenta del Estado 5.245.000 ptas. y a cuenta del Ayuntamiento de Galdácano 3.495.800 ptas. El acta de comprobación del replanteo de las obras de referencia se eleva el día 3 de Agosto de 1980, convalidándose por la Subdirección General de Proyectos y Obras la fecha de 4 de Agosto de 1980, como de iniciación de las obras. Según se consigna en los informes emitidos por el Ingeniero Jefe de la Dirección Territorial de Carreteras de Vizcaya, a partir del 27 de Noviembre de 1980, el normal desarrollo de las obras se vio gravemente impedido al constatar que el colector de agua proyectado en paralelo al paso inferior de peatones, por error en el Proyecto Técnico, no coincidía en cuanto a cotas y capacidad de desagüe con el tramo preexistente al que hubiera debido acoplarse para el vertido de las aguas desviadas del arroyo La Troka, lo que determinó la necesidad de modificar el trazado del colector,

entre el error técnico padecido en la formulación del Proyecto de Obras suministrado al contratista y la demora sobrevenida en su ejecución como que dicha situación hubo de ocasionar al contratista perjuicios indudables, a pesar de lo cual postula que la pretensión resarcitoria ejercitada por la actora ha de ser desestimada al no resultar subsumible ni en la fórmula de revisión de precios -dado que el contrato suscrito no acoge el instituto revisor del precio concertado- ni tampoco en la responsabilidad indemnizatoria prevista en el Art. 49 de la L.C.E. y 148 de su Reglamento para los supuestos de suspensión temporal de las obras, dado que en el presente caso no se ha acreditado que concurra la circunstancia de una paralización de las obras por tiempo superior a la quinta parte del plazo de ejecución inicialmente previsto, ni de que, en su caso, la suspensión haya venido formalmente motivada por un acuerdo previo adoptado por la Administración contratante⁵¹⁵.

para cuya nueva definición hubo, a su vez, de atenderse a la formulación y aprobación de un proyecto complementario de saneamiento del arroyo La Troka, finalmente adjudicado para su realización a favor de diferente contratista en el mes de Noviembre de 1981. Como consecuencia de ello, la Dirección Territorial de Carreteras de Vizcaya otorga la prórroga en el plazo de ejecución de las obras concertadas señalándose para su finalización la fecha de 30 de Junio de 1981. El Acta de Recepción Provisional elevada el 10 de Septiembre de 1982, consigna que las obras contratadas se llevaron a cabo en el plazo previsto, reflejando, asimismo, la prórroga concedida para la terminación de las mismas. El Departamento de Política Territorial y Transportes del Gobierno Vasco dictó resoluciones en 16 de Julio de 1982 y 1 de Febrero de 1983, denegatorias de la revisión de precios del contrato de obras adjudicado conjunta y solidariamente a las primeras para la ejecución del proyecto, desestimando el recurso formulado por las entidades "Valeriano Urruticoechea, S. A.", y "Construcciones Murías, S. A.". Contra los anteriores acuerdos, las referidas Sociedades interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Bilbao, solicitando el derecho de las recurrentes a ser indemnizadas en razón de los daños y perjuicios producidos por el retraso en la conclusión de las obras, como consecuencia de error en la formulación administrativa del proyecto técnico, en cuantía de 1.048.734 ptas., equivalente a la aplicación de la revisión de precios. El Tribunal dictó Sentencia de fecha 10 de Noviembre de 1984, en la que estimó sustancialmente el recurso reconociendo el derecho de las sociedades recurrentes a ser indemnizadas de los perjuicios derivados del retraso en la conclusión de las obras contratadas durante el período que se extiende entre el día 4 de Febrero de 1981 y el día 30 de Junio de 1981.

⁵¹⁵Que, a partir de la fijación de las pretensiones efectuadas por la parte actora en el suplico del escrito de demanda, no ofrece duda que la acción que ejercita es la acción indemnizatoria, utilizando la fórmula de la revisión de precios como mera técnica instrumental dirigida a facilitar la determinación económica de los perjuicios irrogados a la misma como consecuencia del retraso producido en la ejecución de las obras por causa cuya imputación a la Administración resulta incontrovertida al reconocerse por ésta la existencia de un grave error de nivelación en el Proyecto de Obras facilitado al contratista. Sentado lo cual, la invocación que la actora efectúa sobre la responsabilidad indemnizatoria de la Administración contratante en base a lo dispuesto en el Art. 49 de la L.C.E., ha de contemplarse desde una interpretación sistemática de dicho precepto, en relación con el contenido en el Art. 46 de la Ley, referido al reparto de riesgos en situaciones en que cada parte cumple las cláusulas contractuales, y en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo "in fine" del Art. 53 de la Ley, en el que, con carácter general, se prescribe la obligación de la Administración contratante de satisfacer los perjuicios derivados del incumplimiento por la misma de las cláusulas del contrato. Siguiéndose de ello que el principio general de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato no solamente quiebra en los supuestos de fuerza mayor recogidos en el Art. 46 de la L.C.E., sino también, cuando la Administración contratante contraviene, de alguna manera, el tenor del contrato produciendo una alteración en su ejecución en términos de suspensión de las obras, concretamente institucionalizada en el Art. 49 de la Ley, o en los demás casos de incumplimiento contractual, genéricamente previstos en el Art. 53 de la Ley, entre los que han de acogerse los supuestos en los que las obras han sido ejecutadas mediando dilación en el plazo previsto por culpa de la Administración contratante proyectada en forma de retraso sobre su iniciación o sobre su conclusión. Resultado al que también se llega desde la aplicación del método interpretativo "principal" -utilizado para la interpretación de los pasajes legales referenciados, entre otras, en las Sentencias de 12 de Marzo de 1975, 21 de Junio, 9 y 10 de Diciembre de 1976, al constatarse que las normas de los Arts. 49 y 53 de la

El Supremo declara que se aceptan los considerandos de la Sentencia apelada. Los motivos que alega el Letrado de la Administración en apoyo de su pretensión revocatoria de la Sentencia de instancia son los siguientes: que la condena hace referencia al Ayuntamiento de Galdácano, contra el cual no se ha hecho reclamación administrativa alguna ni ha sido demandado ni parte en el proceso; que la Sentencia impugnada condena a una indemnización de daños y perjuicios cuando lo que la parte actora pidió a la Administración fue la aplicación de revisión de precios, extremo que es el único que podrá ser luego objeto del pleito, revisión que no procedía por no tener

L.C.E., al igual que, para el ámbito local, en el Art. 92 del R.C.C.L, responden al principio general acuñado por la doctrina civilista y válido también para la contratación administrativa, que obliga al deudor de buena fe a sufrir las consecuencias adversas de sus propios actos u omisiones, previsibles al tiempo de constituirse la obligación, que determinen el incumplimiento de las cláusulas contractuales. Siendo así que la responsabilidad indemnizatoria por incidencias imputables a la Administración contratante que hubieren dilatado la ejecución de las obras más allá del plazo previsto, encuentra su base en el Art. 53 de la L.C.E.; aun cuando para la determinación del alcance de la responsabilidad, por aplicación analógica de lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley, habrá de tenerse en cuenta la duración del retraso y la concurrencia del requisito de la prórroga como medio de acreditación de que la demora y el nuevo plazo de cumplimiento de la obligación se entienden formalmente autorizados por la Administración. Que el criterio precedente resulta plenamente aplicable al supuesto de autos, ya que la alteración contractual, motivada por la conducta negligente de la Administración en la formulación de los Planos del Proyecto de Obras, hubo de subvenirse mediante la institución de la prórroga del plazo de ejecución de las tareas contratadas, pasando su duración a fijarse en once meses, es decir, cinco meses más del plazo inicialmente previsto y, por tanto, dando lugar a que la conclusión de las obras se retrasase por un período superior a la quinta parte del plazo contractual. Generándose de dicho retraso culposo, imputable a la Administración contratante, la obligación de la misma de satisfacer los perjuicios que por esta causa haya irrogado al contratista. Lo que, en definitiva, conduce a la estimación de la pretensión anulatoria de las resoluciones administrativas impugnadas y a la declaración del derecho de las sociedades adjudicatarias recurrentes a la indemnización por la Administración contratante de los perjuicios sufridos como consecuencia del retraso sufrido en la conclusión de las obras contratadas por el período que se extiende entre la fecha de 4 de Febrero de 1981, contractualmente prevista para su terminación y la fecha del 30 de Junio de 1981, en que concluye la prórroga otorgada para el cumplimiento del objeto del contrato, habiéndose de satisfacer el pago de la cantidad líquida resultante por el Gobierno Vasco y por el Ayuntamiento de Galdácano en la parte correspondiente al porcentaje del 60 y 40%, respectivamente asumido por cada una de dichas Administraciones sobre el importe de ejecución de las obras. Que la técnica instrumental propuesta por la parte actora para la determinación de los perjuicios producidos por el retraso en la conclusión de las obras, consistentes en la aplicación de la fórmula polinómica tipo prevista para la revisión de precios en las "obras de fábrica en general", no puede estimarse de completa aplicación, ya que, si bien sitúa correctamente la índole de los perjuicios producidos, centrándolos en el aumento del coste experimentado por la mano de obra, la energía y los materiales empleados en la ejecución de las obras, sin embargo, dado el objeto de la cláusula de revisión de precios, su resultado se proyecta sobre un volumen de obra equivalente al 80% del presupuesto total del contrato, que no resulta de necesaria coincidencia con el volumen de obra que, en el presente caso, haya 645 resultado incidido por el retraso en la conclusión de las obras imputable a la Administración. En consecuencia, habrá de estarse a la pretensión alternativa, asimismo formulada por la parte actora, en orden a resolver que quede diferida al período de ejecución de Sentencia la determinación de la cuantía de los perjuicios irrogados al contratista, la cual habrá de ser fijada mediante prueba pericial a practicar por Perito o Peritos Ingenieros de acuerdo con las siguientes bases: a) Cálculo del importe líquido del volumen de obra pendiente de realizar al término de la fecha inicialmente señalada para la terminación de las obras; b) El importe de este volumen de obras se multiplicará por un coeficiente igual al que resulte de deducirse una unidad al obtenido aplicando a los términos de la fórmula polinómica-tipo de revisión de precios correspondiente a "obras de fábrica en general" los índices oficiales de precios del mes central o promedio de los meses centrales de los transcurridos entre la fecha de terminación del plazo inicial y la fecha de terminación real de las obras, situándose esta última en el día 30 de Junio de 1981, en el caso de que la terminación real de las obras fuese posterior a la indicada fecha.

cláusula expresa el contrato y que la petición de indemnización de daños y perjuicios requiere la prueba de que los mismos se han producido sin dejarlo para la ejecución de la Sentencia. Tales alegaciones han de ser desestimadas puesto que la obra de referencia fue adjudicada por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, siendo financiado el 40 % de su importe por el Ayuntamiento de Galdácano y el resto por la Dirección General de Carreteras, y el Tribunal *a quo* acordó el emplazamiento del Ayuntamiento con el fin de que en el improrrogable plazo de nueve días compareciera en autos personándose en forma, lo que así se hizo con entrega de cédula, copia del escrito de interposición del recurso y copia de la providencia en la persona del Secretario de la Corporación; la pretensión actora es de clara indemnización por los daños y perjuicios sufridos por alteración del ritmo normal de ejecución motivado por defectos del Proyecto Técnico, siquiera se solicite como adecuado para fijar la cuantía de la indemnización el mecanismo establecido para la revisión de precios, por lo que la falta de cláusula autorizante de tal revisión no puede ser obstáculo para el éxito de la pretensión ejercitada, y aunque los perjuicios no se hayan cuantificado por no aceptar la Sala de instancia el sistema ofertado, sí aparece reconocida su producción por el informe del Ingeniero Jefe de la Delegación Territorial de Carreteras de Vizcaya. La parte actora adherida a la apelación impugna las bases establecidas por la Sentencia para la determinación de los daños y perjuicios causados alegando que la propia Administración no discutió en vía administrativa la cuantificación de los perjuicios, sino el concepto, y al existir informes admitiendo correcta la aplicación de la fórmula polinómica utilizada los perjuicios debieron ser fijados conforme a lo solicitado y en el supuesto de entender no procedente la aplicación de la fórmula polinómica y por ello necesario calcular el volumen de la obra pendiente de realizar al término de la fecha inicialmente señalada para la conclusión de las obras, en ese propósito equitativo no resulta procedente la deducción de una unidad al coeficiente obtenido de la fórmula polinómica, puesto que si se persigue la cuantificación objetiva de los perjuicios éstos serán equivalentes a los que señala el Perito utilizando la fórmula polinómica o cualquier otra que considere de aplicación al caso, puesto que la deducción de una unidad reduce los perjuicios reales que la Sentencia obliga a resarcir. La negativa de la Administración a reconocer el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios comprende su cuantificación y es a la parte demandante a quien corresponde su acreditación, y aun admitida por los técnicos la aplicación de la fórmula polinómica, ni vincula a la Administración ni al Tribunal, ni en este caso concreto puede ser aplicada por las razones expuestas por la Sala de instancia, quien al establecer las bases por las que se ha de regir la fijación de los perjuicios en uso de sus facultades de adecuar y aun de moderar la indemnización solicitada teniendo en cuenta todos los factores que intervienen en el caso concreto, entre ellos el coeficiente de adjudicación de las obras en relación con el precio inicial de la subasta, no permite la impugnación aislada de uno de los diversos conceptos establecidos en tanto no venga avalada por algo más que la mera apreciación subjetiva de la parte adherida a la apelación no acompañada de prueba alguna.

En algunos casos de los ochenta no se prueba que se superase esa quinta parte. Así, en un asunto de 1985⁵¹⁶ explica el T.S., que el motivo único en el que se pretende

⁵¹⁶ Ver S.T.S., de 24 Abril 1985, Ar.2875, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren Negrao. La Empresa «A. E. C., S. A.» adjudicataria directa de la obra «Proyecto W-9 Motril-Zona Técnica», solicitó

fundamentar el presente recurso de apelación se dirige a interesar la actualización de los precios que se consignaron en los diversos proyectos reformados del contrato a que se refieren los autos. Que es un dogma indiscutible, en la doctrina de la contratación administrativa, el de que el presupuesto de los proyectos reformados tiene que ser calculado con arreglo a los precios unitarios del proyecto principal ya adjudicado, dejando a salvo el posible derecho del contratista a la revisión de precios, si a ella hubiere lugar, lo que no se plantea en el presente caso. Que las actuaciones demuestran que, en el supuesto de autos, la empresa contratista aceptó los reformados de que se trata sin ninguna reserva, cuyas obras estaban ya ejecutadas en gran parte cuando recayó la aprobación de los mismos, por lo que es forzoso concluir que la pretensión indemnizatoria deducida carece de fundamento legal y debe por tanto ser desestimada, con confirmación de la Sentencia.

Al año siguiente hay que referirse al caso del Patronato de las Casas Militares⁵¹⁷. En este recurso la parte actora concreta sus peticiones al pago de los perjuicios derivados de

del Ministerio del Aire la apertura de expediente de indemnización, fijando la cantidad reclamada en 12.880.772 ptas., que posteriormente fue reducida a 12.282.262 ptas.; y el Ministerio de Defensa, por Resolución de 21 de Abril de 1980, declaró no haber lugar a la petición de indemnización formulada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por «A. E. C. S. A.», la Sala de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 11 de Febrero de 1983, lo desestima. Se reclama una indemnización, como consecuencia de diversas paralizaciones experimentales durante la ejecución de las obras contratadas como consecuencia de ciertas dificultades surgidas al realizarlas, referentes a la topografía del terreno, el defecto de proyecto de la carretera de acceso, el hallazgo de un proyectil al hacer la excavación en la roca, aparición de grandes fallas en el terreno y ampliación de edificios y proyectos. Tales afirmaciones aunque sean ciertas, puesto que en ningún momento aparecen contradichas por la Administración, quedan perfectamente concretadas en el expediente administrativo, durante un máximo de setenta y cuatro días, sumadas todas ellas, por lo que aun admitiendo tal paralización, y que la misma fuese acordada por la Administración, de lo cual no hay ninguna prueba y sería causa bastante para rechazarlo en cuanto es requisito necesario tal orden de suspensión, pues a pesar de todo y aunque lo admitamos, tampoco procede la indemnización de daños y perjuicios solicitada por dicho motivo, puesto que el Art. 148 del Reglamento de Contratación admite dicha indemnización solamente en el supuesto en que las obras estén suspendidas por plazo superior a una quinta parte del plazo total del contrato, que aunque se tome el de diez y ocho meses como más favorable, no llega a la quinta parte ni excede de seis meses, por lo que no procede la reclamación examinada.

Que por lo que se refiere al Proyecto reformado, aunque el demandante no emplea el término de revisión de precios, en el fondo está pidiendo que se aplique la revisión de precios al proyecto reformado, y la administración se lo deniega por no haberse estipulado. No puede perderse de vista, que tal proyecto reformado surge durante la realización de las obras y es adjudicado de forma verbal a “A.”, como empresa que las estaba realizando, quien las realiza inmediatamente y antes de estar aprobado el Proyecto Reformado, con los mismos precios vigentes en el contrato principal, quien los acepta a cambio de la adjudicación directa en Noviembre de mil novecientos sesenta y seis, trabajos que le fueron abonados de acuerdo con el precio pactado y por tanto no son susceptibles de abono según el Art. tercero del Decreto-Ley 2/1964 de cuatro de Febrero (R.C.L., 1964/274), que establece que la cláusula de revisión de Precios debe establecerse expresamente en cada contrato en idéntico sentido el Decreto de 11 de Marzo de 1971, (RCL 1971/598). Se trata en definitiva de precios fijados, después de realizadas las obras aunque pactadas antes, y satisfechas con arreglo a lo pactado por lo que en ningún caso procede la reclamación formulada en dicho sentido.

⁵¹⁷ Ver S.T.S. de 24 Enero 1984, Ar.486, Ponente: Excmo. Sr. D. Paulino Martín Martín. Los actos impugnados proceden del Ministerio de Defensa, los del primer recurso del Teniente General Presidente del Patronato de Casas Militares y el Consejo Directivo de dicha institución de 2 Junio 1977, contra los que se interpuso recurso de alzada, denegado presuntamente, y los del segundo, contra la resolución del Patronato de Casas Militares de 30 Junio 1978, recurrida en alzada ante el Ministerio del Ejército y desestimada el 21 Noviembre siguiente. Interpuestos recursos contencioso-administrativos por

«Construcciones G. G., S.A.», que fueron acumulados, la Sala de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 20 Octubre 1981, estima el recurso, anulando las resoluciones impugnadas y condenando a la entidad demandada a abonar a la sociedad recurrente la cantidad de 2.193.777,21 ptas.; y estimando parcialmente el recurso deja sin efecto los acuerdos recurridos en los extremos relativos denegatorios del importe de comisiones y aumentos de medición, así como en la cuantía de importe de las mejoras llevadas a cabo en las obras del Barrio de la Prosperidad, condenando a la Administración, respecto del primer particular a verificar una medición final en trámite de ejecución de esta resolución, y si diera resultado positivo, practicar a la actora correspondiente liquidación, y con relación al segundo a reconocer a la entidad recurrente la cantidad de 10.709.802,16 ptas., con la revisión oficial que le corresponda, liquidándole la cantidad resultante en la parte no abonada. El contratista solicita: 1) Por lo que se refiere a las obras realizadas en el Barrio de la Prosperidad, que se declare el derecho de la parte actora a que se le concedan: a) 470.433,25 ptas., importe de la certificación núm. 4 al origen de revisión de precios, y b) 340.900,30 ptas., importe determinado por la rectificación del error padecido en la certificación única de revisión de precios del presupuesto adicional de variación de unidades no incluidas en el proyecto de edificación, en total con las anteriores 811.333,55 ptas., y 2) En cuanto a las obras ejecutadas en la Glorieta del Puente de Segovia, la cantidad de 1.382.443,66 ptas., importe de la certificación núm. 4, de revisión de precios al origen, ascendiendo por tanto la reclamación por unas y otras obras a una suma de 2.193.777,21 ptas. Que la Administración, sin discutir la cuantía de las cantidades reclamadas a que anteriormente alude, se opone a su pago, invocando los Arts. 4.º y 6.º del D.-Ley 2/1964 de 4 Febrero (RCL 1964\274), y preceptos concordantes del D. 461/1971 de 11 Marzo (RCL 1971\598), ya que la obra del Barrio de la Prosperidad debió haberse terminado -prórrogas incluidas- el 27 Julio 1976, finalizando el 26 Diciembre del propio año, y que su recepción provisional tuvo lugar el 18 Febrero 1977, y en lo que hace a las obras del puente de Segovia, que comenzaron el 26 Noviembre 1973, y siendo así que se concedían 20 meses para su ejecución, tal plazo vencía el 27 Julio 1975, que tras sucesivas prórrogas debieron terminarse el 12 Junio 1976, en tanto que su efectiva terminación lo fue con fecha 3 Marzo 1977, consiguientemente fuera del plazo al igual que las anteriores, por lo que procede -así se afirma- en ambos casos la aplicación del mencionado Art. 6.º del D. Ley 2/1964, según el cual, «para que los contratistas tengan derecho a revisión en cualquiera de las modalidades previstas en dicho D. Ley, tendrán que haber cumplido estrictamente el plazo contractual y los parciales que se aprueben en los programas de trabajos establecidos por la Administración desarrollando la obra fielmente al ritmo previsto, sin que las prórrogas otorgadas por causas inimputables al contratista, priven del derecho de revisión», a cuyo tenor no puede haber lugar a la revisión de precios instada, dado que los tres conceptos a que nos estamos refiriendo -según alega- aluden a aquella. Que es cierto, que la revisión de precios en el contrato administrativo, abstracción de las circunstancias que puedan concurrir en el mismo, viene a conmocionar una serie de principios, que la misma, no sólo pone en cuestión, sino que los margina, como son el de riesgo y ventura, el de precio cierto, el de legalidad material presupuestaria, el de inmutabilidad del contrato lex in fin, el de rigor iuris de esta figura contractual; motivos suficientes para que, en términos generales la Jurisprudencia haya calificado a las disposiciones dictadas sobre esta materia de excepcionales -S. 20 Febrero 1956 (R.J. 1956\1029)- no susceptibles de una interpretación extensiva -S. 14 Mayo 1957 (R.J. 1957\1846)-, rechazándose que «la índole excepcional de este género de disposiciones, que rompen transitoriamente la normalidad económica de los contratos administrativos, han de ser aplicadas con sujeción estricta a sus términos, sin que sea posible ampliaciones analógicas ni su extensión a casos no previstos expresa y categóricamente» -S. 13 Enero 1958, (R.J. 1958\431)-. Que no obstante lo anterior, también es verdad, que la doctrina -incluso jurisprudencial- no se ha mostrado inflexible y dogmática, puesto que ha procurado adaptarse a las singularidades de ciertos supuestos especiales, mediante las pertinentes matizaciones, atendiendo a la naturaleza del contrato y a las circunstancias concurrentes en su desenvolvimiento, construyendo incluso la teoría de la concesión tácita de prórroga, por la conducta de la administración, al aceptar el cumplimiento tardío -SS.TS. 26 Enero y 30 Marzo 1962, (R.J. 1962\589 y R.J. 1962\1793) y 4 mayo 1963, (R.J. 1963\3163)-, y como esta doctrina debe ser la aplicable al caso debatido en las actuaciones, respecto de las obras de la Prosperidad, en atención a que: a) No obstante manifestarse la obra debió ser terminada en Julio 1976, es lo cierto, que en la segunda factura de revisión de precios a origen de 31 Agosto 1976, (documento núm. 1 acompañado con el escrito de demanda correspondiente), los arquitectos del Patrimonio de Casas Militares certifican, que: «el importe de la obra ejecutada al 31 Agosto 1976, asciende a 141.576.398,20 ptas., que dicha cifra es superior a la previsión en el calendario de obra presentado por la Empresa, teniendo en cuenta la prórroga concedida por el Ministerio de la Vivienda, hasta el 26/12/1976», y el Patronato, en

los siguientes conceptos: 1) Retrasos imputables a la Administración; 2) Aumento de costo imprevisible 3) Importe de omisiones y aumentos de medición, y 4) Mejoras. La Audiencia Nacional en su Sentencia de 20 Octubre 1981 (Recursos acumulados 31.290 y 32.189) dispone lo siguiente: “Que en nuestro Ordenamiento Jurídico, el contrato administrativo, tiene, en principio un evidente carácter aleatorio que recoge el Art. 46 de la L.C.E., al expresar que se concierne a riesgo y ventura del contratista, lo que significa que éste asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso de perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en ejecución del contrato, siguiendo por tanto, el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica en esta materia de la contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda por regla general, apartarse de la Ley del contrato, y aunque esta rigurosa construcción jurídica haya venido mitigándose, primero por la jurisprudencia en la aplicación de ciertos arbitrios de equidad al amparo de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que se suponía implícita en esta clase de contratos de ejecución sucesiva, y, modernamente también incorporado a nuestra legislación positiva, en beneficio del contratista, la denominada teoría del riesgo imprevisible o de la modificación de la base del negocio para adaptar el contrato a las circunstancias sobrevenidas a lo largo de su ejecución, por

consecuencia, abrió el importe de dicha revisión que incluye obras ejecutadas en Agosto 1976, posteriores por tanto, a la fecha que se quiere imponer como límite; b) Igualmente ocurre en la tercera factura de revisión de precios a origen, de 12 Enero 1977, -(documento núm. 2)- en que de nuevo los Arquitectos -aunque no aparezca firmado por ellos pero no se contradice-, certifican, que: «las obras ejecutadas hasta el 31/8/76 ascienden a 141.576.398,20 ptas. que dicha cifra es superior a las previstas en el calendario de obra presentado por la Empresa, teniendo en cuenta la prórroga concedida por el Ministerio de la Vivienda hasta el 26/12/76, y por consiguiente dentro de dicho plazo, no siendo imputables dichas prórrogas al Contratista», siendo abonada esta nueva revisión de precios por unidades ejecutadas después de Julio 1976; c) En la Memoria del Proyecto adicional del garaje fechada en 15/7/76 indican los Arquitectos respecto al plazo de ejecución que: «se considera que estas obras pueden ejecutarse en un plazo de 90 días, lo que no implica aumento de plazo de ejecución de obras», de donde se infiere que si las obras estaban dentro de plazo hasta tres meses después de la fecha de este Proyecto, estaban señalando que el límite no era Julio 1976, sino al menos Octubre de igual año, lo que tampoco podía ser así, puesto que el proyecto adicional se adjudica en 29 Octubre 1976, (documento núm. 5), y el consiguiente contrato fue elevado a escritura pública el día 28 Diciembre 1976; d) Por la indicación que se hace en el ap. 1.º del presupuesto adicional por revisiones de precios de 22 Febrero 1977, donde se señala por los Arquitectos, que, teniendo en cuenta las prórrogas solicitadas, no existe retraso imputable a la empresa; e) La subsanación del error en la primera y única certificación de revisión de precios del último proyecto adicional aparece reconocida en los informes previos a la resolución impugnada que lo deniega señalando aquellos ascienden a 340.900,30 ptas.; y f) El proyecto adicional no genera un nuevo contrato, sino una adición al contrato inicial Art. 4. del D. Ley 2/1964 de 4 Febrero y Art. 7.º del D. Ley 461/1971, de 11 Marzo, como así se viene manteniendo por la J.C.C.A., desde su dictamen de 20 Septiembre 1972, al señalar que «las obras accesorias o complementarias deben sumarse a las del presupuesto anterior para descontar del conjunto el 20% que no tiene derecho a revisión de precios, y, que tales obras deben considerarse en definitiva, como una continuación de las iniciales y de su respectivo contrato y no como un contrato independiente y en lo que hace relación a las obras ejecutadas en la Glorieta del Puente de Segovia, dado que: a) el Patronato de Casas Militares ha aprobado y pagado la certificación núm. 3 de revisión de precios (documento núm. 7), En la que se revisaban los correspondientes a las unidades ejecutadas en Noviembre y Diciembre 1976 y Enero y Febrero 1977, indicándose que las obras cuestionadas están ejecutadas sin demoras imputables al contratista, y b) el proyecto adicional núm. 3 (documento núm. 9) Se adjudicó en Agosto 1976 y el contrato se formalizó en escritura pública en Diciembre 1976, y el proyecto adicional núm. 4 (documento núm. 10) fue objeto de contrato el día 27 Enero 1977, todo lo que está poniendo de manifiesto, la existencia de un bloque compacto de actos propios del Patronato que demuestran la inexistencia de retrasos imputables a la Empresa Constructora actora, y, que conllevan la estimación del recurso en relación a los extremos a que nos estamos refiriendo.

hechos posteriores a su celebración que no pudieran preverse en el momento de la conclusión del contrato. Singularmente, aquellos cambios de sus elementos económicos que alteren sensiblemente las bases del mismo, con el fin de restablecer la justicia conmutativa con la equiparación de las respectivas contraprestaciones, respondiendo a estas tendencias doctrinales la norma contenida en el Art. 49 L.C.E., sobre la procedencia de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que éste pruebe efectivamente ha sufrido por la suspensión temporal de las obras por causas imputables a la Administración, así tiene también ese sentido finalista de mantener el equilibrio financiero del contrato, la legislación especialmente establecida sobre revisión de precios en los Pliegos de Condiciones Particulares y Económicas, pero siempre que se den los requisitos y procedimiento que señala dicha legislación especial, exigiéndose entre aquellos que previamente haya sido acordado por la Administración para cada contrato, incluir la cláusula de revisión de precios y que el contratista, en todo caso, esté al corriente en el programa de su trabajo; así está establecido en la Sentencia de nuestro T. S. de 14 Mayo 1976 (R.J. 1976\2151). Que por derivación de la anterior doctrina, y, en aplicación concreta al caso litigioso, como quiera que la cláusula de revisión de precios, tiene por finalidad en el supuesto de riesgo imprevisible mantener el equilibrio financiero del contrato, y dicha cláusula de revisión aparece en la norma IX, tanto del P.C.A.P., que habían de regir en la contratación de las obras para la construcción de 172 viviendas de 1.^a categoría, Grupo II de Renta Limitada, en la calle Clara del Rey, Corazón de María, Luis Salazar y San Nazario de esta Capital, como igualmente en el Pliego relativo para la construcción de 82 viviendas de protección Oficial Grupo II, una portería y los locales comerciales en Madrid, Glorieta del Puente de Segovia, resulta claro, que ha de estimarse improcedente la petición que se hace de indemnización de daños y perjuicios en razón a dicho riesgo imprevisible, improcedencia que también se impone en relación con los que se solicitan por el retraso en el comienzo de la iniciación de las obras, pues aparte de no haber sido acreditado fehacientemente, que dicho retraso fuera imputable a la administración, que en las correspondientes actas de replanteo no se hiciera indicación ni observación alguna sobre dicho retraso, es lo cierto, que de las actuaciones, solamente aparece demostrado y a medio de informe de la Asesoría Jurídica, haber habido un retraso de 56 días en las obras del Barrio de la Prosperidad y de 81, en las de la Glorieta de Bilbao, lapsos de tiempo insuficientes para poder exigir de la Administración la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo prevenido en el Art. 49 de la L.C.E y 148 de su Reglamento (R.C.L. 1968\209), por no exceder la quinta parte del plazo total del contrato, cuya ejecución inicial venía fijado en 20 meses, y ya que a efectos prácticos, cual se indica en la contestación a la demanda por la Abogacía del Estado, es lo mismo «suspensión» que «retraso en la iniciación», que no viene a ser otra cosa que suspensión del comienzo de dicha obra. Que se niega por la Administración el importe de las omisiones y aumento de medición, basándose en que los contratos se establecieron bajo la modalidad de precio alzado, lo que es legal, ya que el Art. 3.º de la L.C.E., consagra el principio de libertad contractual de la Administración pública, más ante ello, ha de hacerse constar, que tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares de las obras del Barrio de la Prosperidad, como en las de la Glorieta del Puente de Segovia y en el párr. 5.º de la VIII, se hace constar que «recibidas provisionalmente las obras se procederá a su medición general y definitiva con asistencia del contratista o un representante suyo formulándose por el Arquitecto Director en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la recepción provisional, la liquidación de las obras, tomando como base para

su valoración los precios del proyecto, liquidación que será dada a conocer al contratista para que en el plazo de 30 días preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos», y como el Art. 44 L.C.E. y 130 de su Reglamento, establecen que «el contratista ha de ejecutar las obras ajustándose, no sólo al proyecto, sino también a las instrucciones que le den los facultativos de la Administración, ha de tener aquel derecho a cobrar las unidades de obra que haya ejecutado en tales condiciones que excedan de las que se preveían en el proyecto, pues así lo impone el Art. 47 de la L.C.E., al establecer que el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute, con arreglo al precio convenido», lo ratifican los Arts. 130 y 142 del Reglamento, y así resulta de los P.C.G.A., para la Contratación de obras aprobado por D. Ley de 31 Diciembre 1970 (RCL 1971\295), que en la cláusula 49, reitera, que: «el contratista tiene derecho al abono, con arreglo a los precios convenidos de la obra que realmente ejecuta...» y de ahí que proceda estimar este extremo del recurso, para que la Administración proceda a la práctica de una medición final en la forma prevista, y a la subsiguiente liquidación y abono de diferencias al contratista si procediere, y, que en caso afirmativo, nunca podría exceder de la cantidad a que por estos conceptos ha limitado su reclamación. Que por último; la Entidad recurrente reconociendo y prestando su conformidad al importe de las mejoras que se le señalaron respecto de la obra efectuada en el Puente de Segovia, difiere de lo establecido con relación a la llevada a cabo en el Barrio de la Prosperidad, en base en que los Arquitectos del Patronato las fijaron previamente en 10.709.802,16 ptas., para dejarlas después reducidos en un segundo informe a 5.579.404,40 ptas., más la revisión oficial de precios de dicha cantidad, en base según se alega para corregir y acometer con la diferencia las deficiencias observadas y el ritmo extremadamente lento en la terminación de las obras, más como ni aquellas ni este aparecen suficientemente acreditadas la valoración de las mejoras debe atenerse a la realidad y, si se aprecia obra defectuosa y no se subsanan las deficiencias a un ritmo normal, cabe acudir a la fianza y cantidades retenidas, por lo que esta Sala se inclina por estimar igualmente este extremo del recurso⁵¹⁸.

⁵¹⁸ El T.S. apunta que dado que el Tribunal *a quo* en su valoración ha tenido en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en los dos contratos de obra (la posibilidad de atribuir al contratista una gran muestra de buena fe, cumplimiento en forma correcta de lo convenido, encarecimiento extraordinario de los precios, etc.) que avalan la aplicación -como criterios interpretativos complementarios- de los principios o reglas de la equivalencia, buena fe, etc., como soporte de la reclamación de los mayores costes de la obra realizada (por ampliación o mejora y revisión etc.) en cuanto que la misma es preciso, para mantener la equivalencia de las prestaciones como expresión del principio de regularidad y precisión jurídica recíprocitarias -SS.TS. de 27 Abril 1974 (R.J. 1974\1959), 2 Enero 1979, 12 Enero 1981, etc.- Que por lo que se refiere al motivo concreto de impugnación (alegación 4.^a) del reconocimiento que el fallo contiene a favor del actor por un importe de 10.709.802,16 ptas., con revisión oficial, es de reiterar también lo dicho por la Sentencia apelada, Considerando Noveno, dado que parcialmente consta acreditado que el importe de las mejoras efectuadas en la obra 172 viviendas de la parcela 20 de la Prosperidad arroja la cifra total concedida; importe equivalente a la inversión real necesaria para realizar el proyecto, sin que parezca técnica adecuada la minusvaloración de las mejoras mediante el descuento por deficiencias o retrasos etc., dado que de darse tales supuestos la Administración puede acudir a técnicas subsidiarias de ejecución etc., (acudiendo a la fianza o reteniendo cantidades etc.), pero no estableciendo una compensación a priori con indudable desnaturalización de la valoración de la mejora que ha de atenerse a la realidad que surja del proyecto adicional o de las órdenes etc., del Director de la obra.

Un año después en el asunto CORVIAM, S.A.⁵¹⁹ citado sobre daños y perjuicios por paralización de las obras, en la Sentencia de instancia se dice que en lo concerniente a la reclamación de daños y perjuicios por paralización de las obras, no es procedente su aceptación, por cuanto: a) Aun admitiendo que la paralización fuera de tres meses entre total y parcial, como expresa la demanda, y no imputable a la contratista, la consecuencia sería la concesión de prórroga, pues claramente previene el Art. 13 de las Normas generales para la contratación de obras provinciales, aprobadas por Acuerdo de la Diputación Foral de 3 de Mayo de 1916, de aplicación supletoria, que cuando por una causa cualquiera, independiente de la voluntad del contratista, quedaran suspendidas las obras, se le otorgará una prórroga proporcionada para el cumplimiento de la contrata; constando que a la recurrente se le concedió una prórroga de dos meses; b) Aun admitiendo la compatibilidad entre la prórroga y la indemnización de daños y perjuicios, por la aplicación del Art. 148 del R.G.C.E., a través de la doble supletoriedad derivada de las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera del R.C.C.L., tampoco podría llegarse a solución distinta, en virtud de lo siguiente: 1.º) Porque en el proyecto ya se prevé que la Administración tenía que realizar por su cuenta la pavimentación de la carretera con capas de aglomerado asfáltico, y ello implicaba una suspensión de las obras, al menos parcial, ya que el trabajo en los arcenes tenía que quedar paralizado mientras las aludidas capas no quedaran consolidadas; teniendo reconocido la recurrente, en su escrito de 30 de Junio de 1977, dirigido al Ingeniero Jefe, que el curado de cada capa asfáltica requería un mínimo de quince días, por lo que el curado de las dos capas exigía un mes, quedando, por tanto, los tres meses de paralización reducidos a dos; 2.º) Porque el citado Art. 148 impone la indemnización cuando la suspensión sea superior a la quinta parte del plazo total del contrato, supuesto que no se hubiera producido, ya que la duración total era de catorce meses, cuya quinta parte ascendía a 2,8 meses, superior a la suspensión efectiva de dos meses, una vez descontado el mes de necesaria suspensión prevista en el proyecto⁵²⁰.

⁵¹⁹ Ver S.T.S., de 16 de Febrero de 1987, Ar.3193, Ponente: D. MANUEL GARAYO SÁNCHEZ.

⁵²⁰ Explica el T.S. que la Sentencia rectifica la liquidación del relleno de 577.040 m³ de excavación en cuanto valorado al precio de terraplén y determina se abone a los precios fijados como explanada mejorada, mas corrige el cálculo efectuado por la Empresa sobre la base de 2,15 toneladas el m³ lo reduce a 2,05 toneladas; esta última corrección es impugnada por la empresa que remite al folio 207 de los autos para afirmar que según el Pliego de Condiciones la compactación de la tongada ha de alcanzar una densidad igual como mínimo a la que corresponda al 95% de la máxima obtenida en el ensayo modificado de compactación, mas según se deduce del informe del Perito Ingeniero la densidad máxima es la de 2,15 toneladas m³ pero la densidad real no alcanza más del 95% de dicho valor por lo que ha de mantenerse en este punto la Sentencia apelada que calcula el peso específico a razón de 2,05 toneladas. La impugnación del Considerando 6.º de la Sentencia que deniega la petición de la Empresa de indemnización de daños y perjuicios por suspensión parcial y total de las obras la fundamenta en que para realizar la Administración la ejecución del extendido y curado de mezclas asfálticas en frío de la calzada, cuya ejecución se había reservado, no es necesario que toda la unidad de afirmado de la carretera estuviese realizado, pues bastaba que un tramo estuviera afirmado para que la Administración iniciase la extensión de la primera capa de aglomerado; mas si la suspensión se produjo el día 1 de Julio de 1977, no tiene sentido que Corviam S.A. esperara al 30 de Junio anterior, es decir un día antes para participar a la Corporación que estaban próximas a terminarse las medidas de afirmado por contrata porque no es congruente con la realidad, al sugerir los términos del escrito un plazo más dilatado para la terminación, por lo que la falta de coordinación alegada no es atribuible a la Administración, que necesitaba más tiempo para una vez recibida la comunicación dar las órdenes oportunas para adoptar las medidas correspondientes; tampoco puede admitirse como momento de paralización de la obra el 15 de Septiembre de 1977, porque el comunicado del Ingeniero Técnico de la Dirección Facultativa suspendiendo las obras era de fecha 21 de Septiembre y aunque se refiera a la visita a la obra del día 17, no puede aceptarse que la paralización total

Igualmente es interesante un caso de 1989⁵²¹. Se explica aquí que como premisa para la dilucidación de la pertinencia de las pretensiones del demandante ante el

había ocurrido el 15 de Septiembre razones que obligan a rechazar las alegaciones de la empresa puesto que se mantienen vigentes los razonamientos de la Sentencia apelada en este punto.

⁵²¹Ver S.T.S. de 5 de Junio de 1989, Ar. Ponente: D. JULIÁN GARCÍA ESTARTUS. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza se ha seguido el recurso, promovido por la entidad «Corviam, S. A.», y en el que ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Zaragoza, sobre reclamación de daños y perjuicios. Dicho Tribunal dictó Sentencia con fecha 30 de Diciembre de 1987, en la que aparece el fallo que desestima el recurso deducido por la entidad mercantil "Corviam, S. A.", contra los acuerdos del Ayuntamiento de Zaragoza de 10 de Abril y 16 de Octubre de 1986, objeto de impugnación, el primero de los cuales acordó -y el segundo confirmó en reposición-: «Primero. Reconocer una obligación a "Corviam, S. A.", por importe de tres millones seiscientos treinta y siete mil ochocientos setenta y seis pesetas, correspondientes a indemnización en obras de Renovación de servicios pavimentación de la calle San Miguel...». En reposición se ratificó el anterior pronunciamiento, con cita del Art. 148 R.G.C.E. y 65 del P.C.G.A. Frente a este pronunciamiento administrativo, que vino a estimar en parte la petición deducida por «Corviam, S. A.», en escrito de 8 de Mayo de 1985 - presentado en el Ayuntamiento en el siguiente día-, para que se le reconociera: «... el derecho a ser indemnizado, y consiguientemente indemnizable en la cuantía de 15.716.255 ptas., por los conceptos expresados en la parte expositiva y en virtud de lo prescrito en los citados Arts. 148 y 150 del R.G.C.E., se suplica en la demanda que se declare: «1. No ser conformes a Derecho los Acuerdos del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza recurridos, en lo concerniente a la denegación que efectuó en la vía administrativa de las reclamaciones. Anulados totalmente dichos acuerdos en lo relativo a las mencionadas reclamaciones. El derecho de "Corviam, S. A.", a que el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza le abone, en relación con el contrato administrativo sobre el que versa este recurso. 3.1. Los perjuicios sufridos por la inmovilización del capital empleado en la compra de materiales (fundición dúctil y pavimento de terraza vibrado-relieve), ante la necesidad de acopiarlos y posteriormente no incluirlos en certificaciones como acopios con la cantidad de 438.841 ptas., o aquellas que se determine en ejecución de Sentencias. 3.2. Los incrementos de coste en la ejecución de las unidades especificadas en la reclamación analizada en el fundamento fáctico noveno, por la ejecución fragmentada de la calle, con la cantidad de 6.866.046 ptas. o aquella que se determine en ejecución de Sentencia. 3.3. Los daños ocasionados por el retraso en la iniciación de las obras, con la cantidad de 708.530 ptas. o aquella que se determine en ejecución de Sentencia. 3.4. El exceso de coste ocasionado por la necesidad de tener dos capataces en las obras, con la cantidad de 1.326.215 ptas. o aquella que se determine en ejecución de Sentencia. 3.5. Las piezas especiales del capítulo de Abastecimiento de agua colocadas en exceso sobre el porcentaje previsto en proyecto, con la cantidad de 1.619.503 ptas. o aquella que se determine en ejecución de Sentencia.» Que la postura seguida por el Ayuntamiento de Zaragoza, concediendo -en los actos administrativos impugnados- parte de lo que «Corviam, S. A.», reclamaba, por entender que las situaciones de retraso en la iniciación de las obras y su realización fragmentada habían producido una incidencia negativa en el equilibrio contractual, centraba el tema litigioso en un aspecto eminentemente fáctico, que se proyectaba en la cuantificación de una serie de anomalías que se habían producido en la ejecución de las obras, con la lógica consecuencia de indemnizar los perjuicios causados. Obviamente este era un tema fundamentalmente técnico, lo que aconseja a la Sala el que -para mejor proveer- acordase practicar prueba pericial de Academia, por el Colegio de Arquitectos de Aragón. Contra dicha Sentencia la parte actora interpuso recurso de apelación, alegando ser disconforme con la prueba practicada la resolución judicial al basar ésta exclusivamente su fallo en el dictamen pericial emitido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón en cumplimiento de la providencia dictada para mejor proveer por la Sala de Primera Instancia; manifestando haberse procedido a una indebida apreciación de los hechos constatados en el expediente administrativo y los acreditados por los demás medios de prueba practicados, infringiendo el Art. 632 de la L.E.C., al no ser adecuada a la regla de la sana crítica la conclusión deducida del conjunto de la prueba. Para la resolución de la pretensión de la apelante debe partirse del supuesto legal de que el contrato de obra concerniente a la renovación de servicios y pavimentación de la calle San Miguel de Zaragoza que le fue adjudicada a la recurrente por concierto directo se hallaba sometido al principio y condicionamiento de que su ejecución se hizo a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de que para mantener el equilibrio financiero de las prestaciones concertadas acordes con el Pliego de Condiciones, y de la responsabilidad dimanante del incumplimiento por la Administración pueda generar el derecho a una compensación económica o a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al contratista, o el derecho de éste de haberse

Ayuntamiento demandado formuladas por escrito de fecha 8 de Mayo de 1985, presentado el siguiente día, procede afirmar que las obras dieron comienzo el 14 de Septiembre de 1982, levantándose acta de replanteo en esa fecha previa prestación de la fianza por el contratista el día 6 de Septiembre de 1982, no originándose por consiguiente retraso trascendente en su comienzo imputable a la Administración demandada, ya que la exigencia de la garantía definitiva como presupuesto para la ejecución del contrato, perfeccionado por la adjudicación definitiva de la obra, Art. 13 de la L.C.E. y 46 del R.C.L., no se cumplimentó dentro del plazo de diez días indicado en el mentado precepto reglamentario y en el acuerdo de adjudicación de 11 de Marzo de 1982; sin que pueda aducirse en contra de esta deducción la necesidad de acomodar las obras a los problemas técnicos derivados de la existencia de los servicios e instalaciones de gas, luz y teléfono, y coordinación con las a efectuar en estas instalaciones y por el Gabinete del Tráfico del Ayuntamiento, toda vez que ese impedimento para la ejecución inmediata de las obras de renovación de los servicios y pavimentación pudieron ser previstos por el demandante; y en el supuesto de imputar esa falta de previsión exclusivamente de la Administración, de lo que consta en el expediente administrativo y de la prueba practicada en autos resulta que la entidad contratista no opuso reparo alguno a la demora en el inicio de las obras prestando la fianza con retraso y dando su conformidad implícita a la fecha en que se empezó a ejecutar el contrato teniendo conocimiento por la competencia de sus servicios técnicos de la necesaria demora con antelación. Se debe también afirmar que de lo actuado, y patente en el Acuerdo municipal de 21 de Junio de 1985, por el que se aprobó el reformado de liquidación por un importe de 7.036.585 ptas., a favor del contratista y por el informe de la Dirección de Viabilidad y Aguas, Servicio de Urbanizaciones, la exigencia por el Ayuntamiento de que se procediera a la ejecución de las obras en tramos fragmentando su realización dieron lugar a un incremento en su coste que tuvo su reflejo en las certificaciones de obras aprobadas y en dicho Acuerdo en el que se indicaron unos precios en algunas unidades de obras superiores a los determinados en el proyecto. No habiendo incidido en la ejecución del contrato de obra convenido entre las partes litigantes en este proceso incumplimiento de las obligaciones estipuladas, ni dado comienzo su realización con retraso por causa imputable a la Administración o, en su caso, aceptada cierta demora por razones técnicas por el contratista, la razón de pedir del recurrente podría admitirse en función de la modificación del tiempo de ejecución empleado por fragmentación en tramos de las previstas que dieron lugar a una disminución del ritmo normal que es habitual efectuar en estos trabajos, según se informó por la mentada Dirección de Viabilidad y Aguas, que se motivó también en las condiciones especiales concurrentes en la calle San Miguel: Informe de 9 de Junio de

establecido en el Pliego de Condiciones a la revisión de los precios consignados en la contrata, o a los incrementos que se deduzcan de la aplicación de los Arts. 48, 49 y 50 L.C.E de 8 de Abril de 1965, modificada por la de 17 de Marzo de 1973, y 146, 148, 149 y 150 de su Reglamento de 25 de Noviembre de 1975, aplicables al supuesto controvertido en este proceso, relativo a la ejecución de un contrato de obra adjudicado el 13 de Julio de 1982, en virtud de lo dispuesto en el Art. 109 del Decreto de 6 de Octubre de 1977, respecto a su naturaleza subsidiaria de la legislación específica del Régimen Local, Ley de 25 de Junio de 1955, disposiciones concordantes, y Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de Enero de 1953; normativa aplicable del Estado, en la que se hallan conformes las partes, y que debe contemplarse en función de vigencia en el tiempo en que se concertó la ejecución de la obra y se produjeron los hechos en los que se funda la reclamación del demandante anteriores a la vigencia de la Ley de 2 de Abril de 1985 de Bases del Régimen Local; de lo que se infiere la aplicabilidad del mentado Decreto de 6 de Octubre de 1977, y el R.C.L., como normas que procede contemplar en primer término.

1987, y en la suspensión de las obras en algunos días laborables anteriores y posteriores a días festivos que para evitar molestias al vecindario se decretó por el Ayuntamiento sin oposición ni protesta del contratista; ya que de conformidad con los citados Arts. 48, 49 y 50 de la L.C.E., las modificaciones introducidas por la Administración en el tiempo de ejecución del contrato por un tiempo superior a una quinta parte del total por suspensión de las obras y, en todo caso, por un plazo superior a los seis meses dan lugar a la indemnización de daños y perjuicios que pudiera sufrir el contratista, Art. 49, así como las modificaciones introducidas por la Administración que produzcan aumento en las unidades de obra marcadas a las que debe equipararse las derivadas de una forma de ejecución no prevista en el contrato que den lugar a un mayor coste de la obra, Art. 50.

Las circunstancias referidas en el apartado anterior no concurren en la ejecución del contrato en lo que se refiere a la reclamación formulada con el número I al Ayuntamiento demandado: Importe de los perjuicios sufridos por la inmovilización del capital empleado en la compra de materiales, fundición dúctil y pavimento de terrazo vibrado-relieve ante la necesidad de acopiarlos y no incluidos en certificación como acopios, pues la razón del acopio debido a la existencia de una sola fábrica en España de tubería de la indicada naturaleza pudo ser prevista al aceptar la adjudicación de la obra, y su colocación demorada por hacerse en tramos no previstos no implica responsabilidad alguna de la Administración ya que el tiempo y modalidad de ejecución de la obra condicionaba ciertamente la adquisición del material necesario en un tiempo determinado pero la certificación de la obra ejecutada acorde con la naturaleza del contrato no comporta la facturación del material y que como se indica en el informe del Colegio de Arquitectos de Aragón, no tiene que coincidir su adquisición con el pago de la obra, existiendo siempre un desfase entre aquella y la certificación para el cobro; y lo mismo procede declarar respecto a la adquisición de terrazo vibrado-relieve cuya dificultad de fabricación no es imputable a la Administración, y la demora en su colocación no guarda relación con los intereses reclamados de la Administración al aceptar la demandante la realización del contrato por tramos de obra, y afirmar que la solicitud a las empresas productoras se hizo antes de iniciarse la ejecución del contrato por exigencias dimanantes de su fabricación; por lo que el desfase en su aplicación y consiguiente certificación no constituye elemento apreciable como modificación de las condiciones del contrato; que, por otra parte, fue objeto de una petición de prórroga por el contratista, abonando la Administración además una indemnización resultante de la agilización de las obras y empleo de personal en un doble turno de trabajo que comporta una anticipación en el término de las unidades de obra contratadas; sin perjuicio de que como se indica en el meritado informe del Colegio de Arquitectos queda sin probar la inmovilización del capital por haberse demorado también el pago del mismo a las empresas suministradoras. Por lo que se refiere a la reclamación formulada con el número 4 de importe 6.866.046 ptas., por haberse incrementado el coste de diversas unidades debido a su ejecución fragmentaria, se debe tener en cuenta que por la Administración en la modificación de la liquidación del importe de la obra señalando precios contradictorios a los establecidos en la contrata se tuvo en cuenta esa circunstancia ocasionada por las especiales circunstancias de la calle San Miguel, que, como se afirma por el Colegio de Arquitectos de Aragón en su informe, son normales en obras de renovación de servicios en calles existentes y céntricas y pudieron ser previstas por el contratista que no se opuso a la ejecución de la obra por tramos fragmentados, resumiendo, en consecuencia, inalterable las condiciones relativas al coste de la obra;

cuestión esta que debe resolverse atendiendo a que la Administración en cumplimiento de la modificación de la liquidación basada en esa circunstancia pagó al contratista la cantidad de 7.036.585ptas.; sin que éste se opusiera a las actas levantadas de precios contradictorios ni a la mentada liquidación, no habiendo solicitado antes de la realización de las obras un incremento de los precios fijados sino que los reclamó con posterioridad en contra de lo que es consustancial en la ejecución de los contratos administrativos de obras el que se ejecuten a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio del equilibrio financiero que dimana de las alteraciones provenientes de fuerza mayor o de las modificaciones introducidas por la Administración en el proyecto, que en este caso fueron asumidas por la recurrente; discrepando las partes litigantes cuáles fueron los incrementos del coste de las obras debidas a la ejecución fragmentada de las mismas; procediendo por tanto a declarar conforme con la prueba practicada la desestimación de este pedimento del recurrente. La reclamación de la recurrente por retraso en la iniciación de las obras ya ha quedado dilucidada en el apartado Tercero, y la concerniente a la efectuada con el número 7 por tener dos capataces en la obra no es admisible, ya que la dificultad aducida por el intenso tráfico peatonal de la calle San Miguel y la discontinuidad en la ejecución de las obras alegada por la actora no justifican la necesidad de la contratación de otro capataz, y en cuanto a la vigilancia de las obras forma parte de las obligaciones del contratista fuere cual fuere la forma de su ejecución, aparte de que no existe prueba de que la realización de la obra del alcantarillado en tramos de 2,50 mts., signifique una forma de ejecución discontinua. Por lo que respecta al incremento de las piezas especiales en las obras relativas al abastecimiento de aguas reclamadas con el número 9, al exceder su valor del 8% del valor de la tubería en que fue calculado el de las piezas indicadas, debe precisarse que en la modificación de la liquidación se incrementó el coste de los tubos de conducción de 300 mm., pero no los de 100 y 200 mm; de lo que se infiere que aceptando la Administración un mayor coste que supera el 8% del precio de las tuberías colocadas, si en período de Sentencia se acredita la necesaria implantación de un número de piezas especiales no previstas en el proyecto procede que sean abonadas a la recurrente en tanto su importe exceda del 8% del importe de las tuberías instaladas de esa clase, ya que esa circunstancia debida a causas diversas no contempladas en el proyecto implican una modificación en la obra realizada por imperativo de una correcta ejecución de la misma no controvertida por la Administración que aceptó la recepción sin oponer tacha alguna a su realización.

Ya en el presente siglo se puede hacer referencia a un caso de Febrero de 2001⁵²². El T.S., aclara que las infracciones que se señalan en los motivos de casación segundo,

⁵²²Ver S.T.S., de 16 de Febrero de 2001, Ar.1821, N° de Recurso: 523/1995, Ponente: D. NICOLÁS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN (Ver también S.T.S. de 14 de Enero de 2002, Ar.890, N° de Recurso: 6125/1996, Ponente: D. RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO y S.T.S., de 18 de Marzo de 2009, Ar.2291, N° de Recurso: 8432/2004, Ponente: D. SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCIA (caso expográfico). La actora presentó su oferta, ofreciendo ejecutar la obra en el plazo de diez meses (plazo éste inferior en dos meses al previsto en el P.C.A.P., del contrato); por un importe de 1.198.524.501 ptas., (lo que hacía que fuera la más ventajosa); y aceptando la cláusula en la que se estipulaba que no habría revisión de precios. El 5/5/82, le fue adjudicado el contrato, cuya escritura pública se otorgó el 3 de mayo del mismo año, y el 4/6/82 se extendió el acta de comprobación de replanteo. - Los días 13 de Mayo y 16 de Junio de 1982, la demandante solicitó se reparara el quebranto económico por alteración de las bases de la oferta, y que se le indemnizaran los daños y perjuicios. - Desde Septiembre a Diciembre 82, estuvieron paralizadas las obras, tanto por razones geológicas del

tercero y sexto carecen de justificación⁵²³, al no poderse de compartir los argumentos que son utilizados para darles apoyo. Hay que comenzar afirmando que no existen esos

terreno como por nuevas necesidades de la Administración en relación con la obra a ejecutar. Esto originó un nuevo proyecto reformado, aprobado en Mayo de 1983, si bien la recurrente, en muestra de colaboración, reanudó las obras en Enero de 1983. - Las obras duraron, incluida la anterior paralización de cuatro meses, un total de treinta meses, desde Junio de 1982 hasta Noviembre 84. - Dentro de esos treinta meses, el 31/1/84, se solicitó una prórroga de ejecución, que fue concedida el 5/5/84. Y el 20/6/84 se solicitó una nueva prórroga, no resuelta de manera expresa por la Administración, pero sí tácitamente concedida por la conformidad en la recepción de las obras. DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES, S.A., recurrió contra la Sentencia de fecha 18 de Octubre de 1.994, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES, S.A., contra resolución presunta, a virtud de silencio administrativo negativo, del Subsecretario del entonces Ministerio de Justicia denegatoria de la petición de la recurrente de fecha 11 de Noviembre de 1983, en interés de que se le reconocieran determinados derechos en relación a la obra del Centro Penitenciario de Valladolid cuyo contrato de ejecución le había sido adjudicado. El presente recurso de casación lo interpone DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES, S.A. La Sentencia recurrida señala que en la demanda de instancia se dedujeron estas tres pretensiones que continúan. Que se adecuen los precios de las unidades de obra contratadas a los reales en su fecha de ejecución, y esto con el fin de recuperar el desequilibrio económico que la parte actora entendió producido por causas imputables a la Administración. Que la Administración abone a la sociedad demandante 4.097.935 ptas., en concepto de los daños y perjuicios sufridos por los gastos de agua y fuerza soportados. Y que la Administración indemnice también a la actora los daños y perjuicios sufridos por el retraso en la ejecución de la línea de alta. En el fundamento jurídico -F.J.- 4 se rechaza el derecho de la actora a instar el restablecimiento del equilibrio financiero de contrato. A esta conclusión se llega después de razonarse que la revisión de precios exige la correspondiente cláusula revisora; que este criterio está amparado por el párrafo cuarto del Art. 12 de la L.C.E (Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de Abril) y por el Art. 30 de R.G.C.E (aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre); y que en el caso enjuiciado esa revisión, lejos de acordarse, quedó expresamente excluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Ese anterior razonamiento se completa declarando que la contratista no hizo uso de los derechos que le confieren la L.C.E., y el R.G.C.E., en los supuestos de mora o modificación del contrato atribuible a la Administración. De manera concreta, se señala que en el momento de comprobación del replanteo no utilizó los instrumentos puestos a su alcance por el 127 R.G.C.E; y tampoco instó la resolución del contrato que le permitían los Arts. 48 L.C.E y 147 R.G.C.E. Y también se afirma que, al no haber instado la resolución contractual, y al haber aceptado las modificaciones contractuales, no ya sin protesta formal alguna sino incluso solicitando prórrogas, ha de entenderse que hubo conformidad por parte de la recurrente, contra la que no puede volverse so pena de ir contra sus propios actos. En el F.J.5 declara también infundada la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios que intentan derivarse de los gastos de fuerza y agua que tuvieron que ser soportados. Se arguye para ello que las obligaciones de la Administración y de la contratista son las que figuran en el contrato administrativo del que forma parte el Pliego de Cláusulas Administrativas; y que ni en el contrato ni en el pliego se contiene obligación alguna respecto del pretendido suministro por parte de la Administración. En el F.J., 6 se desestima la indemnización pedida por la ejecución de la línea de alta, y apoyada en el alegato de haber existido una modificación unilateral del plan de obras por parte de la Administración. Lo que aquí se hace es una remisión al razonamiento expuesto en el F.J.,4 reiterando que, al tratarse de una pretensión indemnizatoria, fundada en la existencia de una modificación contractual decidida por la Administración, el contratista debió acudir a los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Estado para oponerse a la modificación; y afirmando que, si no lo hizo así, por haberse aquietado ante la modificación contractual y haber prestado su conformidad, tal modificación no puede servir para fundar esa pretensión indemnizatoria.

⁵²³La argumentación básicamente desarrollada para dar sustento a lo anterior consiste en aducir que la Sentencia recurrida es correcta en cuanto admite que ha habido una modificación contractual, por parte de la Administración, con infracción de lo establecido en los Arts. 48 L.C.E. y 149 R.G.C.E, pero no lo es cuando establece que esos preceptos permiten la resolución contractual automática. También se dice que el incumplimiento de la Administración sólo origina la resolución contractual en los casos legalmente previstos, que estos son los establecidos en el Art. 52 L.C.E, y que el supuesto de hecho de los Arts. 48 L.C.E. y 146 R.G.C.E, al modificar el contrato en porcentaje superior al del 149, no es subsumible en

contrarios campos de aplicación que parece sostenerse para los Arts. 48 L.C.E. y 147 R.G.C.E., de un lado, y para el Art. 52 L.C.E., de otro. Los dos preceptos primeramente citados lo que regulan es el requisito formal sobre competencia que ha de ser observado para acordar válidamente la modificación del contrato, según esta sea o no causa de resolución. Y el Art.52 L.C.E. lo que hace es enumerar las causas sustantivas de resolución, y, entre estas, incluye qué concretas modificaciones y qué concretas suspensiones son las que permiten esa resolución contractual. De otra parte, hay que señalar que esos repetidos Arts. 48 L.C.E y 147 R.G.C.E., no contienen referencia alguna a los casos en que es de apreciar un incumplimiento de la Administración sujeto a indemnización. Tampoco tiene razón la parte recurrente en lo que parece entender sobre que la modificación de la obra, tanto en cuanto a las unidades a ejecutar como en cuanto a su plazo, comportó un incumplimiento contractual de la Administración que debió llevar aparejado, en el caso litigioso, una necesaria indemnización, y equivalente esta a un aumento del precio que permitiera que el inicialmente estipulado se ajustara a los valores de mercado del momento real de ejecución de la obra. La cuestión que en cierto modo se viene a suscitar en las infracciones denunciadas en los tres motivos que se están analizando es ésta: si una modificación contractual, impuesta por la Administración contratante, debe ser calificada como un incumplimiento contractual que necesariamente haya de ser determinante de daños y perjuicios, y debe obligar, por sí sola, a revisar el precio inicialmente estipulado o a indemnizar al contratista. Y la respuesta que tal cuestión merece, en el caso enjuiciado, ha de ser negativa por lo que se argumenta a continuación.

Las razones que llevan a que no pueda considerarse desacertada la desestimación de la pretensión de adecuación del precio inicial, formulada con base en la modificación contractual, y que fue decidida por la Sentencia de instancia, son las siguientes: - 1) El precio aplicable a la oferta que resulta seleccionada en un procedimiento de contratación administrativa no es ajeno a la voluntad del licitador, puesto que es este quien libremente lo fija o acepta. - 2) Los aumentos de obra a los que en principio obligan es al abono del exceso realizado, cuando éste se debe a la iniciativa de la Administración,

ninguno de los supuestos de resolución del Art. 52 L.C.E. Se añade que se está ante un incumplimiento que no da lugar a la resolución contractual, pero obliga a indemnizar los perjuicios que se irroguen al contratista, por aplicación del propio Art. 53 L.C.E. Y a lo largo del recurso se viene a poner de manifiesto que la actualización del precio que se reclama viene a ser, más que revisión propiamente dicha, la cuantificación de la indemnización a la que se tiene derecho. Se afirma que, aunque el incumplimiento pudiera subsumirse en los supuestos del Art. 52 L.C.E, la resolución del contrato que pudiera resultar procedente no opera automáticamente, sino que es un derecho o posibilidad que corresponde a la otra parte. Y asimismo se aduce que en todo supuesto de incumplimiento la parte cumplidora puede optar por resolver o continuar con el vínculo contractual, pero en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. En el tercer motivo se denuncia la infracción de la doctrina de los actos propios, que se intenta defender, principalmente, con la argumentación de que el no haber instado el contratista la resolución contractual no puede interpretarse como un acto de su inequívoca aceptación o conformidad a la modificación y a los retrasos impuestos por la Administración, y a todas sus consecuencias. En el sexto motivo se señala la vulneración de los Arts. 48 L.C.E y 146 R.G.C.E, y se justifica básicamente así: esos preceptos solo permiten a la Administración modificar los elementos del contrato dentro de los límites que establece la Ley y su Reglamento; aún en el caso de que la Administración haga uso de esa prerrogativa dentro del límite legal, queda sujeta a la indemnización de daños y perjuicios; y, en el caso presente, la Sala de instancia infringió esos preceptos, al no reconocer la indemnización a pesar de que hubo una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato (el plazo de ejecución).

y, en el caso enjuiciado, no consta que el aumento de obra que pueda haber comportado la modificación contractual no haya sido abonado según el precio convenido. - 3) Para que, además del abono del exceso de obra, resulte procedente un derecho a ser indemnizado por la Administración contratante, como consecuencia de incumplimientos que a ésta le puedan ser imputables, es necesario que conste producido un real y concreto resultado lesivo para quien como contratista reclame tal indemnización. Así resulta de lo establecido en el Art. 53 L.C.E., cuando dispone: "El incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato originará su resolución sólo en los casos previstos en esta ley pero obligará a aquélla con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista". Aparte de lo anterior, hay que señalar que la apreciación de ese resultado lesivo que resulta necesario lo que requiere es una efectiva prueba de que, como consecuencia de esa actuación imputable a la Administración, el contratista reclamante de la indemnización ha sufrido un real quebranto en su esfera patrimonial que no tenga la obligación de soportar, por la vía del daño emergente o por la del lucro cesante. Prueba, cuya carga incumbirá a dicho contratista que invoque haber experimentado ese resultado lesivo. Y el lucro cesante, a su vez, no es la desaparición de una abstracta o teórica posibilidad de ganancia, pues, para ser apreciado, exige probar que el reclamante de la indemnización perdió, como consecuencia de la actuación administrativa, un beneficio económico que constituía para él una concreta y segura expectativa. - 4) En la Sentencia de instancia (cuyas apreciaciones fácticas deben ser respetadas en el actual recurso de casación) no consta que la recurrente haya sufrido en su esfera patrimonial un concreto resultado lesivo en los términos que acaban de expresarse. En particular, no aparece que dicha recurrente, a consecuencia de la mayor duración de la obra litigiosa, perdiera o tuviera que abandonar determinadas operaciones que le iban a significar de manera segura unos ingresos cuantitativamente determinados, y superiores a los que percibió por dicha obra litigiosa. - 5) Tratándose de determinar cuando las modificaciones de un contrato administrativo de obras permiten su resolución, y cuáles son las consecuencias de que ésta última no sea instada, hay que estar a lo dispuesto en la L.C.E. y R.G.C.E., sobre esta materia, especialmente a lo establecido en los Arts. 48 a 53 de la L.C.E. En estos preceptos se reconoce a la Administración el *ius variandi* y no se establece el derecho del contratista a pedir la revisión del precio, ni tampoco a ser indemnizado, por ese sólo hecho, y aunque no conste acreditada la realidad de unos concretos daños y perjuicios, sufridos por dicho contratista, como necesaria consecuencia de las modificaciones o suspensiones dispuestas por la Administración. En tales normas ciertamente se limita ese *ius variandi*, mediante el reconocimiento al contratista del derecho a instar la resolución del contrato, cuando la modificación del proyecto o la suspensión de las obras, decididas por la Administración, presentan un determinado alcance. Pero no aparece establecido que el no ejercicio de esa facultad de instar la resolución contractual se haya de traducir, necesariamente, en el derecho del contratista a pedir una elevación del precio inicial o una indemnización, y aunque no conste acreditado un concreto resultado lesivo para el contratista. - 6) Cualquier pretensión de aumento o complemento del precio inicialmente pactado al margen de las anteriores previsiones legales, y fuera de lo expresamente estipulado en el contrato originario, comportará, pues, una modificación o novación de éste último en cuanto a dicho aspecto, y para ello resultará necesario el consentimiento de ambas partes contratantes. - 7) En el caso aquí enjuiciado no son de apreciar, pues, ninguna de las exigencias que, según lo que se ha venido expresando, resultan inexcusables para que puede ser reconocido el derecho a una revisión de precio

o a una indemnización. En la Sentencia de instancia no se declara acreditado, como ya se ha dicho, que dicha recurrente sufriera un resultado lesivo como consecuencia de la actuación que fue seguida por la Administración durante la ejecución del contrato litigioso. El ejercicio de *ius variandi*, por sí solo, no determina el derecho a ser indemnizado. Y tampoco la Administración consintió la modificación económica que le fue planteada por el recurrente.

Carece igualmente de justificación la infracción que se denuncia de la doctrina de los actos propios. Según resulta de la regulación legal a la que se ha hecho referencia, la Administración contratante tiene reconocido un *ius variandi*, que puede imponer al contratista hasta determinados límites, y que, cuando son rebasados, lo que está establecido es que se pueda instar la resolución contractual. Por lo cual, la continuidad del contrato tras el ejercicio de ese *ius variandi*, y cuando no se ha acordado su resolución por no haberla instado el contratista, no es resultado de una específica anuencia del este último que haya sido presumida a partir de su conducta de no solicitar la resolución, sino aplicación de lo dispuesto en dicha regulación.

Los motivos primero, cuarto y quinto también merecen ser analizados conjuntamente. El primer motivo de casación aduce la infracción del Art. 127 del R.G.C.E., sobre la base de que la Sala de instancia aplicó indebidamente este precepto cuando, para denegar el aumento de precio solicitado, adujo que la recurrente no utilizó en el momento de la comprobación del replanteo los instrumentos puestos a su alcance por ese Art. 127. El cuarto motivo señala la vulneración de principio *bona fides* acogido por la jurisprudencia del T.S.; y asumido -aduce la recurrente- por el T.J.C.E. bajo la significación de "la confianza legítima del ciudadano" Lo que en este motivo se aduce es que hubo determinados hechos que determinaron la confianza del contratista de que el contrato se celebraría dentro del plazo inicialmente estipulado, y a pesar de ello dicho plazo no fue observado.

Tampoco son de apreciar esas infracciones que se señalan para sostener estos motivos, ya que: - 1) Los motivos de casación deducidos por el cauce del ordinal cuarto del Art.95.1 de la Ley Jurisdiccional no son instrumento adecuado para revisar las apreciaciones fácticas de la Sentencia de instancia, por lo que en tales casos la procedencia o no de las infracciones que se denuncien habrá de ser valorada respetando tales apreciaciones fácticas. - 2) Las infracciones esgrimidas en apoyo de los motivos de casación solo merecen ser acogidas cuando hayan sido determinantes de un fallo erróneo. - 3) En el caso enjuiciado, como ya se ha dicho, las premisas fácticas sentadas por la Sentencia de instancia no permiten apreciar la existencia del resultado lesivo que resultaría inexcusable para imponer a la Administración un deber indemnizatorio a consecuencia de las modificaciones y retrasos que tuvieron lugar en la ejecución de la obra que constituía el objeto del contrato litigioso.

En caso de mediar aquiescencia del contratista no cabe invocar derecho a indemnización como queda demostrado en un asunto de 1980⁵²⁴. Según el T.S., los

⁵²⁴Ver S.T.S., de 17 de Noviembre de 1980, Ar.1112, de 1981, Ponente: D. FERNANDO ROLDÁN MARTÍNEZ. Por el Ministerio de Educación y Ciencia se adjudicó la ejecución de las Obras de construcción de un colegio nacional, internado y viviendas en Forcarey (Pontevedra). El Acta de

fundamentos consignados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en los Considerandos de la Sentencia apelada no han sido desvirtuados por las que respecto a las demoras sufridas en la ejecución de las obras, conviene comenzar precisando que la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota común con la civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales son, en primer término, las acordadas por la Administración y el contratista, en el contrato firmado por ambas partes y en el Pliego de Condiciones particulares, pero con los poderes de modificación del contrato que caracteriza a la Administración a usar dentro de los límites y con los requisitos señalados en la Ley el *ius variandi*, sería contrario a los más elementales principios de justicia y seguridad, que deben presidir, las relaciones jurídicas en la contratación administrativa, aceptar la doctrina de que cualquier modificación en el Proyecto de una contrata de obras públicas, cuya modificación hubiere sido aceptada por el contratista, originando alteraciones del Proyecto primitivo, sea causa de indemnización si se demuestra por los antecedentes del expediente y demás elementos de juicio aportados a los autos si la autorización expresa o tácita del contratista, los reformados introducidos en el Proyecto primitivo, por ser doctrina de jurisprudencia que aun siendo las modificaciones de importancia, si fueran aceptadas por el contratista, no solo tácitamente al seguir llevando las obras, sino expresamente al solicitar o aceptar prórrogas del plazo de ejecución pactado, de 12 meses, así como al aceptar, por adjudicación directa la ejecución de los Proyectos de Ampliación del internado y los dos Proyectos de Reformas por mejoras para la Escuela y el Internado aprobados con posterioridad, son hechos que, en el idioma elocuente que tienen los hechos, revelan

replanteo de las obras fue formulada el 23 de Enero de 1970, habiéndose levantado Acta de iniciación previa el 12 de Enero de ese mismo año. En el Acta de Comprobación de Replanteo, las obras fueron declaradas viables, sin perjuicio de que se recogiera la circunstancia de que el solar carecía de suministro de energía eléctrica. Las obras deberían quedar finalizadas el 31 de Diciembre de 1970, no obstante, por el Presidente de la Junta de Construcciones Escolares se concedió una primera prórroga hasta el 1 de Octubre de 1971, y, también a propuesta del Arquitecto Director, una segunda hasta el 1 de Junio de 1972. Que con fecha 15 de Noviembre de 1972, se aprobó un expediente de ampliación de hasta 120 plazas del internado del Colegio, obra que llevaba un presupuesto de 4.650.500,12 ptas. y un plazo de ejecución de 5 meses el citado plazo fue objeto de sucesivas prórrogas, primero hasta el 7 de Septiembre de 1973, después hasta el 31 de Diciembre siguiente, y finalmente hasta el 31 de Agosto de 1974, siendo tales prórrogas concedidas la primera y la tercera a petición del contratista y la segunda conjuntamente por el contratista y el Arquitecto director. Que en 30 de Mayo de 1973, se aprobó un proyecto reformado por mejoras del proyecto de construcción, que fueron adjudicadas al recurrente por la cantidad de 4.782.285 ptas., con un plazo de ejecución de tres meses. Que en 11 de Diciembre de 1974, se aprueba un proyecto de obras complementarias en el colegio nacional citado, con un presupuesto de adjudicación de 4.834.000 pesetas, que fue adjudicado por contratación directa, levantándose el Acta de Comprobación de Replanteo el 26 de Mayo de 1975, y el de Recepción Provisional el 18 de Noviembre de 1975. Que por la Junta de Construcciones Instalaciones y Equipos- Escolar, dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia, por resolución de 7 de Julio de 1977, fueron desestimadas las anteriores peticiones. Que contra dicha resolución D. José Augusto formuló recurso de alzada que fue desestimado por Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de Noviembre de 1977. Que contra la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de Noviembre de 1977, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Junta de Construcciones Instalaciones y Equipó Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia de 7 de Julio de 1977, el contratista interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Nacional, que dictó Sentencia en 9 de Julio de 1979, estimando parcialmente el recurso, declarando que el actor tiene derecho a ser indemnizado por demora en la ejecución de las obras que le fueron adjudicadas en la construcción del Colegio de Forcarey (Pontevedra) en la suma de 840.371,31 ptas.

que, en todo momento, no existieron discrepancias sino que marcharon en común coincidencia la Administración y el Contratista, aceptando éste todas las modificaciones introducidas en el Proyecto primitivo, por el de Ampliación y los dos Reformados para mejoras, llevando a cabo la ejecución de las obras y aceptando las sucesivas prórrogas del plazo de ejecución pactado en el Proyecto primitivo.

Que respecto a las demoras en la ejecución del contrato que inicialmente se había pactado terminar en Enero de 1971, y que por la demora en la aprobación de posteriores Proyectos, como fueron el de Ampliación del Internado a 120 plazas y de otros, dos Proyectos de Reformados, de mejoras en uno y otro establecimiento, Escuela y Hogar determinó un retraso de varios años, es de puntualizar en primer lugar, como datos de trascendencia, a los efectos perseguidos en este recurso por el contratista que estando presidida la contratación administrativa por el principio de libre concurrencia y el de que para todo contrato de obras debe preceder la elaboración y aprobación del correspondiente Proyecto y ser objeto de un solo expediente, resulta manifiesto que la mayor parte de los perjuicios que por la tardanza en la aprobación y adjudicación del Proyecto de Ampliación, 15/11/72, redactado con los mismos precios del primitivo, que fuera adjudicado en fecha 19/12/69, y con la misma baja del 15%, no puede estimarse que hayan generado al contratista perjuicios por la cantidad que demanda, porque, como ya se deja apuntado y resulta del examen de los propios escritos que en vía administrativa presentó el contratista así como de los informes del propio Ingeniero-Director de la Obra, hubo aceptación y aquiescencia en todo ese tiempo entre la Contrata y la Administración, el contratista era conocedor desde un principio de que los Proyectos de Ampliación y de Reformados tenían que realizarse conjuntamente, hasta el extremo de tener expresamente reconocido el actor la aceptación por adjudicación directa de ese mayor volumen de obras a realizar presupuestadas con la baja del 15% el Proyecto de Ampliación la cantidad de 4.692.696 ptas., y el de Reformado por Mejoras 4.912.292 ptas., y el de Reformado por mejoras al de Ampliación 919.681 ptas., que, sin acudir a la libre licitación aceptó ejecutar por el sistema de adjudicación directa, siendo de señalar que según informa el Secretario de la Junta Central de Construcciones Escolares del Ministerio de Educación y Ciencia, inicialmente se había redactado un único Proyecto Reformado para el conjunto de los Proyectos de Colegio y de Ampliación, pero que posteriormente fueron desglosados en dos Proyectos distintos de lo que era conocedor el contratista como lo acredita el hecho reconocido por éste en el escrito de fecha 2/10/72, que dirigió al Presidente de la Comisión Ejecutiva de la Junta de Construcciones Escolares, nº 5 al exponer: "aún cuando a pesar de no haber recibido confirmación oficial de aprobación de dichos Proyectos de Ampliación y Mejoras en espera de que ambos fueran aprobados y adjudicados en corto espacio de tiempo- y por tener que afrontar la realización de muchas unidades de obra contenidas en los mismos de forma conjunta con las del Proyecto inicial adjudicado, esta Empresa ejecutó la mayor parte de las obras incluidas en el primero de dichos Proyectos -Ampliación- así como muchas otras del de Mejoras", lo que explica no solo una conducta de aceptación en proseguir la ejecución de la Obra y aceptación de las obras, sino también la baja ofertada del 15% al acudir a la licitación de la Obra del primitivo Proyecto, porque ya entraba en sus cálculos el mayor volumen de Obra que por adjudicación directa, iba alcanzar a través de esos sucesivos Proyectos de Ampliación y Reformados, pues, de los antecedentes también consta que el Proyecto de Ampliación del Internado fue entregado para su aprobación definitiva en Septiembre de 1971, y el de Mejoras fue entregado

para su aprobación en el mes de Julio de 1971, por lo que si se estima, como dice el Arquitecto-Director que esa obra nueva realizada, que no se podía certificar, por no estar aún adjudicadas los Proyectos suponía un porcentaje aproximado al 80% de la misma, el desfase en el tiempo de la obra pendiente de ejecución, y se reconoce.. ser imputables a la Administración, en parte, las causas de los retrasos en la ejecución por el desfase de precios habidos desde 1970 al 73, debe estimarse que la restauración del equilibrio financiero en las prestaciones recíprocas derivadas de esa contratación no puede superar la cifra fijada en la Sentencia apelada como importe de la indemnización que por esta demora en la terminación de las obras se reconoce a la Empresa recurrente y apelante, pues, si a pesar de todas las circunstancias expuestas las pérdidas sufridas por la Empresa superasen económicamente la cifra que reconoce la Sentencia apelada, hay que necesariamente imputarlas al estudio de precios que ella debió realizar para calcular los precios a fin de acudir a la licitación y, posteriormente aceptar, por adjudicación directa, las obras de Ampliación y Reformados, por ser un principio elemental de lógica que cada uno debe sufrir las consecuencias favorables o adversas que directamente se deriven de sus propios actos u omisiones, por lo que las consideraciones que hace la contrata respecto a la considerable baja ofertada por ella (el 15%) como también haber aceptado la ejecución de las Obras del Proyecto de Ampliación, a los mismos precios que los aprobados para el Proyecto primitivo de Diciembre de 1969, no se puede imputar a la Administración, sin que, por otra parte, esté probado que la obra realizada según los Proyectos de Reformados por Mejoras se hayan realizado a los mismos precios del Proyecto primitivo por no existir en el expediente constancia de esta afirmación sino solo al folio 79, el Acta de Precios Contradictorios levantada para hacer constar que los precios que figuran en el Proyecto de Ampliación del Internado son los mismos que sirvieron de base al Proyecto primitivo, y, por estas mismas últimas razones que se acaban de exponer de falta de justificación también son válidas para desestimar la apelación interpuesto por el representante de la Administración General del Estado, en cuanto impugna la Sentencia apelada por la valoración fijada de los perjuicios ocasionados por culpa no imputable a la contrata, ya que el *quantum* no se fijó por razones de revisión de precios contractuales, sino siguiendo el procedimiento utilizado oficialmente por el Servicio de Construcciones Escolares para determinar la actualización de precios.

Se insiste en el tema, y aunque exista un retraso considerable, incluso que por su magnitud puede implicar la resolución del contrato, no hay derecho a indemnización si por las circunstancias del caso se ve aquiescencia del contratista y que de un modo u otro se le ha remunerado. «Cubiertas y MZOV, S. A.», fue adjudicataria de las obras del proyecto de prolongación del túnel para maniobras en la estación «Reina Elisenda» del FC de Sarriá⁵²⁵. Al poco tiempo del inicio de las citadas obras, éstas hubieron de

⁵²⁵ Ver S.T.S., de 7 de Octubre de 1988, Ar.7772, PONENTE: Excmo. Sr. D. José Luis Ruiz Sánchez. El proyecto de referencia fue aprobado técnicamente en 28 de Enero de 1976, con un presupuesto ascendente a 39.536.756 ptas. La obra referida fue adjudicada a la entidad recurrente por Orden ministerial de 14 de Septiembre de 1977, en la suma presupuestada, con un plazo estipulado de ejecución de cinco meses, sin derecho a revisión de precios; llegándose a la formalización del contrato en escritura pública en 7 de Octubre de 1977. La ejecución de las obras sufrieron paralización por las causas siguientes que dieron lugar a prórrogas: La solicitud del contratista: Como consecuencia del descubrimiento, al realizar unas perforaciones, de unas canalizaciones de conductores de energía eléctrica de interés público que había que desviar, por lo que fue solicitada prórroga, en 10 de Enero y 26 de

paralizarse al ser necesario el desvío de una conducción subterránea de energía eléctrica. Por todo ello, las obras se prolongaron catorce meses más del plazo previamente previsto. Con este retraso, los costes de realización de las obras aumentaron, y considerando el contratista que había sufrido daños y perjuicios, formuló reclamación, que fue denegada por resolución de la Dirección General de Infraestructura del Transporte, en fecha 28 de Enero de 1981. Se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, la cual, dictó Sentencia en 22 de Marzo de 1985, confirmando los acuerdos recurridos. Para establecer la consecuencia procedente, de acuerdo con los principios rectores de la contratación administrativa que, aun cuando revelan la potestad y facultades privilegiadas de que goza la Administración, debe prevalecer un obligado y preciso equilibrio objetivo en las obligaciones, como secuela de lo previsto en los Arts. 3º y 4º de la L.C.E., en relación con los que rigen el derecho general de las obligaciones, y título preliminar del C. Civil en sus artículos especialmente 3ª y 7º y 9º 2 y 3 de la C.E., lo que exige depurar las características del negocio jurídico concertado entre la Administración y el contratista adjudicatario, tanto en la constitución como en su ejecución, con especificación de las circunstancias determinantes de la inusitada demora en el cumplimiento del contrato frente a la brevedad, cinco meses, en que fue pactada su realización. Como derivación de lo anterior y al objeto de depurar, como se ha anticipado, que una obra prevista en su ejecución en plazo de cinco meses, que terminaban en 8 de Abril de 1978, pues el acta de replanteo se firmó en 10 de Octubre de 1977, no llegase a tener realidad la recepción provisional de la misma hasta el 13 de Diciembre de 1979, si bien es de destacar que la misma reportó un adicional líquido por 3.943.999 ptas., que fue aprobado en 15 de Diciembre de 1980; y otro, por 7.904.470 ptas., como derivación de la modificación técnica primera, aprobada en 18 de Junio de 1979, lo que representa: El primer adicional, el 9,975 %, y el segundo el 19,59 % del presupuesto inicial, respectivamente, suscribiéndose el documento administrativo del contrato complementario el 8 de Octubre de 1979.

Expuesto lo anterior, es necesario tener en cuenta que si es inconclusa la observancia de los principios rectores de la contratación, como se ha consignado, en el supuesto concreto de autos no puede establecerse que se haya quebrado el equilibrio objetivo de las prestaciones, puesto que el ordenamiento jurídico rector de la contratación administrativa atribuye facultades al contratista para la salvaguardia de lo que estima sus derechos, por ello acepta la modificación del proyecto con los adicionales complementarios que, en conjunto, superen el 20 % del importe del presupuesto inicial

Octubre de 1978, y otra interesada en 26 de Abril de 1979, dada la naturaleza y estructura rocosa del terreno encontrado, solicitudes que informadas favorablemente tuvieron su plasmación documental correspondiente. Los plazos otorgados fueron por seis y tres meses, respectivamente, finando en 9 de Octubre de 1979. A instancia de la propia Administración, Segunda Jefatura Zonal de Construcción de Transportes, con fecha 9 de Agosto de 1978, por tres meses, concedida en 9 de Agosto de 1978, porque apareciendo un cambio en la estructura de terreno en la prolongación del túnel aparecieron limos y arena que dieron lugar a un desprendimiento del frente con hundimiento grave que afectó no sólo al material, utensilios y maquinaria, sino incluso a la calzada, con corte del tráfico de superficie, dando lugar a un nuevo estudio geológico, con modificación proyecto adicional líquido de 7.904.470 ptas., que fue documentada en el contrato complementario de 8 de Octubre de 1979. Llevada a efecto la recepción provisional de las obras en 13 de Diciembre de 1979, en 17 de Marzo de 1980, se solicita indemnización de daños y perjuicios en función del detrimento patrimonial experimentado por las diferencias en los precios.

causa de la resolución prevista en el Art.157.2 del R.G.C.E., que, unido a la actuación libre de la entidad contratista, confirma los razonamientos que la Sentencia apelada expone en orden a la desestimación indemnizatoria, puesto que el retraso pudo ser determinado por la parte afectada y no adoptar la conducta de complaciente participación que realmente se observa, máxime cuando ha obtenido la compensación económica con los adicionales indicados, lo que nos conduce a la confirmación de la Sentencia apelada con la desestimación de la apelación interpuesta.

Si la culpa es del contratista no se puede aplicar este precepto, como queda demostrado en la S.T.S. de 2002⁵²⁶.

Se alega infracción del Art. 45, en relación con el Art. 49, de la L.C.E., y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, en orden a los efectos de la suspensión de las obras por causas no imputables al contratista. El Art. 45.3 de la L.C.E. prevé que si el retraso en el plazo de ejecución del contrato fuera producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había designado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiera otro menor. El Art. 49 alude a la facultad de la Administración de acordar la suspensión temporal de las obras. La empresa recurrente entiende que la suspensión temporal de las obras no se produce únicamente de derecho, sino también de hecho, como mantiene la jurisprudencia del T. S., la doctrina del Consejo de Estado y la de los autores, no resultando necesario para dicha suspensión un acuerdo expreso y escrito de la Administración que suspenda las obras. Expone que, en el caso de autos, las obras estuvieron paralizadas de hecho por un período de siete meses, sin culpa del contratista, por lo que este tenía derecho a una prórroga por el mismo período (hasta el 3 de Febrero de 1992, ya que el plazo de conclusión de las obras terminaba el 3 de Julio de 1991), habiendo además solicitado la suspensión temporal el 13 de Junio de 1991, antes de haber expirado el plazo de ejecución. En consecuencia, considera que debió estimarse concedida a la empresa contratista una prórroga automática de siete meses en el plazo de ejecución de las obras. Para analizar este motivo de casación debemos partir de que en él se alude a dos hechos diferentes. En primer lugar, la Sentencia de instancia reconoce la paralización de las obras, señalando que pudieron contribuir a la demora diversas indicaciones tanto de la Administración contratante como de la Dirección Facultativa de la Obra, pero añade que no es posible desconocer que el 13 de Febrero de 1991, esto es, casi cinco meses antes de que se cumpliera el plazo de ejecución, las partes llegaron a un acuerdo sobre cómo

⁵²⁶Ver S.T.S., de 24 de Junio de 2002, Ar.7060, N° de Recurso: 4485/1996, Ponente: D. MANUEL GODED MIRANDA. Por acuerdo de 30 de Julio de 1993, el Director General del Instituto Nacional de la Salud, actuando en virtud de atribuciones delegadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, decidió la resolución del contrato suscrito para la construcción de un Centro de Salud en Guadalajara-Oeste con la empresa Técnicos en Urbanismo y Construcción S.A. (en lo sucesivo T.U.C.S.A.); la incautación de la fianza depositada; que se requiera al contratista para el pago de la indemnización establecida en el Art. 53 de la L.C.E., de 8 de Abril de 1.965, por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración; y que se proceda a la recepción definitiva de la obra efectivamente realizada y a la liquidación de la misma. Contra dicho acuerdo, así como contra la desestimación presunta, en virtud de silencio administrativo, del recurso de reposición formulado contra el mismo, T.U.C.S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia dictada el 3 de Abril de 1.996, por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional. Frente a dicha Sentencia T.U.C.S.A. ha promovido recurso de casación.

se debía realizar finalmente la obra, sin que se haya acreditado que ese tiempo que quedaba fuera insuficiente para terminar la obra o impidiera una mayor celeridad en los trabajos. Añade que, aun admitiendo que hasta ese momento pudo contribuir la Administración a la demora, a partir de entonces ésta es imputable totalmente al contratista, ya que, en principio, ninguna incertidumbre quedaba. Y destaca que, atendiendo al informe pericial obrante en el ramo de prueba de la parte demandante, sólo se realizaron trabajos en lo que podemos denominar capítulos de "movimientos de tierras", "saneamiento", "cimentación y estructura" y "albañilería", de escasa cuantía, siendo también significativo como extremo a considerar a los efectos de determinar la culpabilidad del contratista la paralización total de las obras y la negativa a continuarlas a partir de Septiembre de 1991. En consecuencia, de acuerdo con lo afirmado por la Sentencia de instancia, no desvirtuado por el contratista, el plazo de siete meses que transcurrió inicialmente (desde el 3 de Julio de 1990), no impedía la terminación de las obras en el plazo que restaba hasta el 3 de Julio de 1991, y así lo reconocieron las partes al ponerse de acuerdo el 13 de Febrero de 1991, para la finalización de las obras, sin que entonces se solicitara prórroga o suspensión temporal de las obras, como consecuencia de los siete meses transcurridos, por lo que debemos rechazar que la empresa contratista pudiese considerar en 13 de Febrero de 1991, que se le había concedido una prórroga automática del plazo de ejecución de las obras por siete meses. Procede además tomar en cuenta que las obras estuvieron paralizadas desde el mes de Septiembre de 1991, por culpa del contratista, que no las reanudó a pesar de las diversas gestiones y conversaciones que tuvieron lugar al efecto, y la iniciación del expediente de resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución de las obras no se acordó hasta el 9 de Abril de 1992, (acuerdo del Director General de Concursos, Compras, Obras e Instalaciones que figura al folio 73 del expediente), cuando habían transcurrido más de siete meses desde la fecha en que las obras habían debido estar concluidas (el 3 de Julio de 1991), de todo lo cual resulta que ni era procedente la prórroga automática de siete meses del plazo de ejecución de la obra, ni el contratista pudo entender que se le había concedido de hecho dicha prórroga, ni, finalmente, los siete meses fueron bastantes para terminar la obra cuando la Administración acordó la iniciación del expediente de resolución. En cuanto se refiere a la suspensión temporal a que se hace alusión en el escrito presentado el 13 de Junio de 1991, dieciocho días antes de la finalización del plazo contractual de ejecución de las obras, como señala la Sentencia de instancia, lo cierto es que la empresa contratista no pidió una prórroga, a la que alude el párrafo tercero del Art. 45 de la L.C.E., sino que mencionó la suspensión temporal de las obras, concepto diferente al de la prórroga que implica una modificación del contrato. Por otra parte, de la actuación de la Administración se deducía la desestimación de dicha solicitud, por lo que la empresa contratista no podía legítimamente fundarse en su petición de suspensión temporal para paralizar totalmente las obras a partir de Septiembre de 1991. En este sentido son esclarecedores los informes del Arquitecto encargado de la Dirección Facultativa de las obras, fechados el 2 de Julio de 1991, el 7 de Noviembre el mismo año y el 23 de Enero de 1992, que no hemos de reproducir, remitiéndonos a lo en ellos expresado, pero en los que se pone de relieve que las modificaciones introducidas en el proyecto no han retrasado en ningún momento la marcha de la obra, disponiendo siempre la empresa de los planos necesarios que le permitiesen trabajar a ritmo adecuado, así como que la empresa contratista se empeñó en conseguir unas mejoras económicas que no le correspondían (informe de 2 de Julio de 1991); extremos sobre los que se insiste en el informe de 7 de Noviembre del mismo

año, diciendo que la empresa ha volcado su atención en conseguir mejoras económicas, para lo cual ha elaborado una justificación de costes fuera de los precios del proyecto y según mediciones propias, que no está en absoluto dentro de las condiciones del contrato; que existieron conversaciones para reanudar la marcha de las obras y que en Octubre (de 1991), la empresa suspendió los trabajos, cerrando la oficina de la obra (informe de 23 de Enero de 1992). Todo lo cual justifica el criterio de atribuir al contratista la responsabilidad por el retraso, así como la improcedencia de considerar que existió prórroga automática alguna. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado⁵²⁷.

En relación con el tema de la suspensión definitiva prevista en el Art.148.2 del Reglamento de 1975, hay que traer a colación una Sentencia de 1989⁵²⁸. La suspensión

⁵²⁷El segundo motivo de casación (Art. 95.1.4º) alega infracción del Art. 53 de la L.C.E., cuyo párrafo segundo obliga a la Administración al cumplimiento de las cláusulas del contrato, estableciendo que el incumplimiento originará la resolución, argumentando que entre esas obligaciones se encuentra la de suministrar al contratista los datos técnicos e instrucciones precisas para la completa ejecución de las obras, como prevé el Art. 131 del R.G.C.E., aprobado por Decreto 3.410/1.975, de 25 de Noviembre, según el cual, la Administración debe tramitar y resolver a la mayor brevedad posible cuantas incidencias surjan, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras. La empresa recurrente entiende que no habiendo aprobado la Administración las modificaciones necesarias para la continuación de la obra ha incumplido las obligaciones derivadas del contrato, por lo que debe decidirse que es culpable del retraso que dio lugar al acuerdo de resolución. Este segundo motivo del recurso de casación está indisolublemente unido al anterior, por lo que a su estimación se opone cuanto ha quedado expuesto en el segundo fundamento de derecho de la presente resolución. En efecto, si del retraso en la ejecución de la obra es responsable el contratista, es evidente que no puede atribuirse dicha responsabilidad a la Administración. Debemos repetir pues que la Sentencia de instancia afirma, y debemos ratificar, que a partir del 13 de Febrero de 1991, la demora en la ejecución de la obra es imputable totalmente al contratista, ya que ninguna incertidumbre quedaba sobre dicha ejecución. Los informes del Arquitecto encargado de la Dirección Facultativa de las obras de 2 de Julio y 7 de Noviembre de 1991 confirman este criterio. Ya nos hemos referido a los mismos, en los que se pone de manifiesto que las modificaciones introducidas en el proyecto no han retrasado en ningún momento la marcha de la obra, disponiendo siempre la empresa de los planos necesarios que le permitían trabajar a ritmo adecuado, datos que, aplicados al tiempo posterior al 13 de Febrero de 1991, y unidos a la suspensión de los trabajos por la empresa en Octubre de 1991, conducen a la desestimación de este segundo motivo de casación.

⁵²⁸Ver S.T.S., de 23 de Junio de 1989, Ar.4472, Ponente: D. FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO. Por O.M. de 10 de Diciembre de 1971, se adjudicó un contrato mixto de suministro e instalación para R.T.V.E., de un transmisor de R.V. de 5 kw. de potencia, con destino a Alfabia (Mallorca) y coexistencia, desmontaje y traslado del transmisor de 500 w de Alfabia a Isleta (Gran Canaria), que estaba ya instalado y en funcionamiento para que en ningún momento se dejase a Mallorca sin televisión, y a su posterior traslado e instalación del transmisor de 50 w. en funcionamiento en Alfabia con destino a Isleta, cuando ya se encontrase en funcionamiento el suministrado por el de 5 kw. El precio total de 14.918.000 ptas., se componía de dos partidas; una de 11.945.000 pesetas por el material a instalar en Alfabia y otra de 2.973.000 ptas. por el material a instalar en Isleta. El contratista hizo entrega del material que tenía que suministrar el 30 de Diciembre de 1972, a plena satisfacción de R.T.V.E., quien realizó la recepción provisional del mismo sin protesta alguna, pero no pudo proceder a la instalación del transmisor de 5 kw., porque T.V.E. no disponía de la infraestructura para realizar la instalación definitiva. Que no existe constancia alguna de que T.V.E. suministrase al contratista el Modus Operandi ni le comunicase formalmente disponer ya de la infraestructura necesaria para ello, y que con el transcurso del tiempo los Servicios Técnicos de R.T.V.E. decidieron que no era conveniente desmontar el transmisor de 500 w. de Alfabia porque era necesario dejarlo de reserva del suministrado, lo cual significa y evidencia el propósito de R.T.V.E. de no cumplir la segunda parte del contrato, traslado e instalación del transmisor de 50 w. en Isleta. De todo cuanto antecede, se evidencia, que si bien la Administración demandada tiene, conforme dispone el Art. 50 del R.G.C.E., Decreto 3.410/1975, de 25 de Noviembre, la prerrogativa de modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los

del contrato en su ejecución [en lo que respecta al traslado del emisor de 500 W e instalación del mismo en Isleta (Gran Canaria) desde Alfabia, Mallorca], se realizó unilateralmente por R.T.V.E. por razones técnicas ello ha de conllevar, al igual que el pago de la indemnización del 6% .

Enjuiciando el recurso de apelación del actor, el T.S., declara que no puede compartir su alegación que tacha a la Sentencia de incongruente por resolver una cuestión no planteada por las partes, en razón a que la Sentencia no acuerda la suspensión definitiva del contrato; razona, y esta Sala ha compartido su criterio, sobre el alcance que la decisión de la Dirección Técnica de R.T.V.E., de no trasladar el transmisor de 500 W desde Alfabia (Mallorca) a Isleta (Gran Canaria) y su instalación en ésta, decisión que supone una suspensión definitiva de los efectos del contrato en lo que a esta parte del mismo se refiere, en razón a que el motivo para su no traslado radica en que el Servicio Técnico de R.T.V.E., entiende que dicho transmisor de 500 W debe de quedar en Alfabia como reserva del suministrado por el contratista, circunstancia ésta que evidencia el propósito de R.T.V.E., de no cumplir la segunda parte del contrato, consistente en el traslado e instalación del transmisor de 500 W a Isleta, de donde se infiere que la Administración, conforme al Art. 50 del R.G.C.E., ha modificado el contrato tácitamente acudiendo a la suspensión del mismo y de donde se deriva el derecho a la indemnización del recurrente en la forma que hemos entendido debe de ser resarcido ante la decisión de la Administración de no cumplimentar el contrato en la parte del mismo referida al traslado del transmisor y su instalación en Isleta, decisión que se ha de reputar como equivalente a una suspensión definitiva del contrato en este particular, sin que por ello se pueda acceder a la pretensión del recurrente de que se lleve a efecto la ejecución del contrato por cuanto la Administración actuando por razones de interés público -evitar que una interrupción del servicio del transmisor suministrado deje a Mallorca sin T.V.-, ha condicionado el no cumplimiento del

límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la L.C.E. y este Reglamento; éste pudo por razones de interés público acudir a la resolución del contrato, lo que no hizo, pero sí en cambio acudió a modificarlo tácitamente acudiendo a la suspensión de las obras en virtud de la prerrogativa que le atribuye el *iuris variandi*, mas tal facultad le obliga, en función de garantía del contratista y a los efectos de restablecer el equilibrio económico de la relación contractual, a indemnizar económicamente al contratista, con la obligación de resarcir en su caso los daños y perjuicios causados por la suspensión. Así lo dispone el Art. 158 del Reglamento en el supuesto de incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato, como el Art. 162 en el supuesto de suspensión definitiva de las obras (aquél en cuanto establece que el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato originará su resolución sólo en los supuestos previstos en la legislación, mas obligando a aquélla al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista y éste al disponer que si la Administración decidiese la suspensión definitiva de las obras o dejase de transcurrir un año desde la suspensión temporal, el contratista tendrá derecho al valor de las efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de efectuar (Art. 55 de la L.C.E.) entendiéndose por beneficio industrial el 6% del presupuesto con deducción de la baja de licitación en su caso y teniendo el desistimiento -que es lo sucedido en el presente caso-, los mismos efectos que la suspensión). Por lo que sólo nos queda el problema de determinar cuáles han de ser los daños y perjuicios de que debe responder la Administración, dado que aunque en la demanda el recurrente pretende que se lleve a efecto la ejecución del contrato, con la consecuencia del traslado e instalación del transmisor de 50 w. en Isleta, tal pretensión de ningún modo puede ser aceptada por la Sala, en cuanto que la Administración actuando por razones de interés público ha decidido el no cumplimiento del mismo en ese extremo, y de ningún modo se le puede obligar a su cumplimiento en virtud de la prerrogativa enunciada anteriormente. De donde resulta acertada y adecuada la decisión de la Sentencia apelada al entender que tal cantidad se debe de girar sobre la suma de 2.973.000 ptas., que es el importe de la obra dejada de realizar por el contratista.

contrato en este extremo, mas esta precisión en orden a la razón del origen o causa de la indemnización que procede efectuar al actor, no equivale a incongruencia pues no se otorga algo más de lo pedido ni el reputado exceso se lleva al fallo, sino que, como se indica, se precisa la razón determinante de la indemnización que otorga y que ha sido solicitada por el actor como consecuencia del incumplimiento contractual por la Administración, procediendo, en consecuencia el rechazo de esta alegación impugnatoria. Partiendo de que la suspensión contractual ha de reputarse definitiva, en razón de la expresa voluntad manifestada por la Administración de no trasladar el transmisor como ya se ha indicado, ante ella -en razón a que el Art. 238 del Reglamento establece que el contrato de suministro se regulará por las normas contenidas en el título referido a él y, en su defecto, por las referentes al contrato de obras-, el actor, transcurrido un año de la suspensión temporal sin haberse acordado su reanudación tenía opción (Art. 162 del reglamento) entre solicitar la indemnización a que se refiere el Art. 148 del mismo o instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el primer párrafo del Art. 162, mas como quiera que conforme al Art. 148 la suspensión definitiva se regula por lo dispuesto en al Art. 162, quiere ello decir que en cualquier caso vienen a refundirse los derechos del contratista por un camino u otro a los mismos conceptos indemnizatorios, esto es, al valor de aquellas obras efectivamente realizadas y al beneficio del 6% de las dejadas de efectuar, de donde resulta que no tienen cabida los que no se refieran a estos conceptos, por lo que las partidas que el actor pretende, no pueden ser consideradas, con independencia de no estar justificadas, resultar lógicas y contradictorias con la tesis mantenida por el recurrente referida a que si hubo incumplimiento por su parte lo fue por culpa de la Administración que no le facilitó el «modus operandi», procediendo por todo lo expuesto la desestimación del recurso de apelación.

En cuanto a la distinción con el supuesto previsto en el segundo párrafo del Art.149 puede citarse un asunto de 2004⁵²⁹. Por Decreto de 13 de Mayo de 1.994, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Leioa, ratificado después por el Pleno, se acordó la resolución del contrato formalizado con la empresa Construcciones Retuerto S.L. para la construcción de un Centro de Salud por incumplimiento de los plazos pactados, así como ejecutar la fianza depositada por importe de 8.941.718 ptas. Construcciones Retuerto S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acuerdo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J., del País Vasco dictó Sentencia el 4 de Marzo de 1.998, por la que estimó el recurso. Contra la referida Sentencia el Ayuntamiento de Leioa ha deducido el presente recurso de casación. El cuarto motivo de casación alega infracción del Art. 53.1, L.C.E., según el cual, cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios. El Ayuntamiento mantiene que su resolución de incautar la fianza era ajustada a derecho, ya que se había producido la resolución del contrato por culpa del contratista, al haber incurrido éste en demora en la ejecución de las obras, para la que el contrato formalizado el 28 de Mayo de 1.992, fijaba un plazo de trece meses (estipulación primera). La resolución del contrato y la consiguiente incautación de la fianza, dependía del incumplimiento por la empresa contratista del plazo de ejecución del contrato. Sin embargo, como acertadamente

⁵²⁹ Ver S.T.S., de 9 de Febrero de 2004, Ar.1048, N° de Recurso: 7562/1998, Ponente: D. MANUEL GODED MIRANDA.

razona la Sentencia de instancia, no puede imputarse al contratista un incumplimiento de plazo por acuerdo de 13 de Mayo de 1.994, cuando el 11 de Abril del mismo año se había acordado modificar el contrato de obras en el sentido de ampliarlo a una obra no contratada que ascendía a 33.599.586 ptas. Cuando la Administración acuerda la ampliación de la obra -continúa diciendo la Sentencia de instancia- el plazo de ejecución del contrato matriz ya había transcurrido, y esto ciertamente lo conocía la Administración, demostrando de forma tácita una clara intención de seguridad, dando vida al contrato que un mes más tarde rescindió. Es aplicable pues, como cita el Tribunal a quo, el Art. 149.2 R.G.C.E., de 25 de Noviembre de 1.975, que impone que, cuando las modificaciones del proyecto representen variación en más en el presupuesto de obras (como en el supuesto de autos), se reajuste el plazo de ejecución. No hay razón pues para atribuir al contratista incumplimiento de un plazo que el Ayuntamiento ha rehabilitado al modificar el contrato y no procede, en consecuencia, la incautación de la fianza. Los argumentos que en relación con esta cuestión expone el Ayuntamiento de Leioa no pueden ser aceptados. No cabe mantener que el plazo de trece meses debió entenderse prorrogado proporcionalmente al aumento de obra acordada, ya que el nuevo plazo debió decidirse por la Administración al resolver la modificación del contrato, no pudiendo hacerse con anterioridad. La situación económica de la empresa contratista es algo ajeno a la procedencia de incautar la fianza del contrato. No existe infracción alguna del Art. 1.281 del C. Civil, ya que la modificación del contrato de obra se ha interpretado por la Sala según sus términos y conforme a la intención de las partes. Finalmente, la modificación del contrato tiene su manifestación expresa y concluyente en la resolución de 11 de Abril de 1.994, por lo que no cabe argumentar sobre la efectividad de variaciones anteriores ante la claridad de lo acordado en la fecha indicada. El motivo debe ser desestimado.

7.6.4. Casos relativos a la L.C.A.P. y al T.R.L.C.A.P.

En el marco de la L.C.A.P., de 1995, hay que citar el Art.103 (aplicable al caso que citamos a continuación conforme a la disposición transitoria primera del T.R.L.C.A.P., aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio), artículo coincidente con el 102 del texto refundido y cuyo apartado segundo establece: "Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste". En relación con este marco normativo se puede citar una reclamación de indemnización formulada por la empresa, contra la Comunidad de Madrid, en la que se pide el resarcimiento de los daños y perjuicios que le causó la suspensión en la ejecución de la obra contratada, paralización producida por causas técnicas ajenas a la reclamante⁵³⁰.

⁵³⁰Ver Dictamen del Consejo de Estado de 24 de Julio de 2003. Número de expediente: 1633/2003 (COMUNIDAD DE MADRID). Referencia: 1633/2003. Asunto: Expte. de Contratación y de indemnización de daños y perjuicios del contrato de obras "Centro Polivalente en Villa del Prado". El 2 de Abril de 1998, se suscribió con una empresa un contrato para llevar a cabo la ejecución de las obras de "Centro Polivalente en Villa del Prado", por un importe de 131.307.370 ptas. y con un plazo de ejecución de dieciocho meses. El acto de comprobación del replanteo tuvo lugar el 4 de Mayo de 1998, dando comienzo la ejecución de las obras. El 3 de Mayo de 2000, mediante Orden del Órgano de contratación, se dispuso la suspensión temporal total de la ejecución de las obras, motivada por la necesidad de tramitar un proyecto modificado por causas de índole técnica (saneamiento y climatización, fundamentalmente), levantándose el acta de suspensión en la misma fecha. El citado proyecto modificado, con un presupuesto de 156.804.397 ptas. se aprobó por Orden de 26 de Septiembre de 2000, formalizándose la modificación

El Consejo de Estado comparte el criterio manifestado por la propuesta de resolución y, con anterioridad, por la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

En el dictamen 3.114/2002, de 30 de Enero de 2003, el Consejo trató un supuesto parecido al presente, considerando que la reclamante tenía derecho a ser indemnizada de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de la obra contratada. Pero ya en aquél dictamen se entendió, siguiendo la doctrina reiterada del Consejo en la materia (entre otros, dictamen 43.597, de 12 de Abril de 1982), que el hecho de que la reclamante

del contrato el 17 de Octubre siguiente. El levantamiento de la suspensión de las obras se autorizó mediante Orden de 16 de Noviembre de 2000, fecha en que se reanudó la ejecución de la obra. La empresa adjudicataria solicitó, mediante escrito de 18 de Junio de 2002, el abono de los gastos soportados durante los meses de Septiembre de 1999, (en el que, según sostiene, habría tenido lugar la suspensión de hecho de la obra) a Noviembre de 2000, con motivo de la suspensión aludida. El Servicio de Contratación dirigió un escrito a la reclamante el 20 de Junio de 2002, interesando la aportación de la documentación acreditativa de los gastos efectivamente soportados durante el período de suspensión formal de las obras, esto es, entre los días 3 de mayo y 16 de Noviembre de 2000. A estos efectos, la empresa reclamante aportó, el 5 de Julio de 2002, las facturas devengadas durante el período comprendido entre Septiembre de 1999 y Noviembre de 2000, solicitando una indemnización de 58.650.212 pta. (352.494,87 €). El Servicio de Contratación trasladó la referida documentación al Servicio de Equipamientos Urbanos, solicitando un informe sobre la procedencia y, en su caso, la valoración de los daños sufridos por la reclamante por la suspensión de las obras. En su informe de 29 de Octubre de 2002, el Servicio de Equipamientos Urbanos consideró que la documentación aportada por la adjudicataria era inexacta, por cuanto comprendía un período de tiempo más amplio que el que efectivamente había correspondido a la suspensión, de modo que la estimación de los gastos había de hacerse por referencia al período transcurrido entre el acta de suspensión (3 de mayo de 2000) y el acta de reanudación (16 de Noviembre de 2000), sin tener en cuenta, a estos efectos, el tiempo de suspensión de facto esgrimido por aquélla, porque la tramitación de un modificado no implica per se la suspensión de la obra. Como resulta del informe técnico que se acompaña al referido de 29 de Octubre, a juicio del Servicio de Equipamientos Urbanos los gastos imputables durante la paralización de las obras (atendiendo a los costes del personal adscrito a la obra, del alquiler de una grúa torre, del alquiler de andamios, del alquiler de una oficina de obra, del suministro eléctrico, del teléfono de la caseta de obra y del alquiler de la maquinaria) ascienden a un total de 60.002,18 € (9.983.523 ptas.). Además, se considera que procede indemnizar a la adjudicataria con 11.096,49 € (1.846.301 ptas.), resultado de aplicar al importe de la obra pendiente de ejecutar en el momento de la suspensión (descontando el Impuesto sobre el Valor Añadido) la variación porcentual I.P.C., entre los meses de mayo y Noviembre de 2000 (2,1%, según los datos del Instituto Nacional de Estadística), y con 45.735,92 € (7.609.816 ptas.) por los denominados gastos generales, admitiendo como tales el 8% del "presupuesto de ejecución material adjudicado, es decir, aplicada la baja". Elaborada la correspondiente propuesta por el Servicio de Contratación de la Comunidad de Madrid, en el sentido de indemnizar a la empresa contratista con un total de 116.834,59 € (resultado de la suma de los tres conceptos esgrimidos por el Servicio de Equipamientos Urbanos), se concedió trámite de audiencia a la reclamante, que dio su conformidad a la cuantía señalada. El 13 de Noviembre de 2002, el Servicio Jurídico de la Consejería informó favorablemente la propuesta de indemnización elaborada por el Servicio de Contratación. Por su parte, la Intervención General de la Comunidad de Madrid, el 7 de Febrero de 2003, la informó desfavorablemente, considerando que únicamente procedía indemnizar a la contratista con el importe de 60.002,18 €, atendiendo a los gastos que habían sido acreditados por la misma. Junto a ello, consideró que, atendiendo a la doctrina reiterada del Consejo de Estado en materia de contratación administrativa, no procedían ni la aplicación del I.P.C. al importe de la obra pendiente de ejecutar ni el resarcimiento de los gastos generales (dictámenes 839/93, 1.619/99, 3.093/2001 y 3.114/2002, entre otros). A la vista del informe de la Intervención, el Servicio de Equipamientos Urbanos realizó una nueva valoración de la indemnización, que quedó fijada definitivamente en 60.002,18 €, cantidad informada favorablemente por la Intervención General. En la propuesta de resolución se considera procedente indemnizar a la empresa..., adjudicataria de las obras de "Centro Polivalente en Villa del Prado", en la cuantía de 60.002,18 € por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la suspensión de las referidas obras en el período comprendido entre el 3 de Mayo y el 16 de Noviembre de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 103 de la L.C.A.P.

tenga derecho a ser indemnizada no significa que tenga derecho a una revisión de precios, máxime cuando el contrato primitivo (como también es ahora el caso) excluye esa posibilidad y no se introduce previsión alguna al respecto al llevarse a cabo el modificado. De ello deducía el dictamen 3.114/2002, que la aceptación por el contratista del modificado del contrato, en las condiciones contractuales en que lo hizo, implica la plena aplicación de la doctrina de los actos propios, expresada en la regla *venire contra factum proprium non valet*, de modo que únicamente procedía la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la contratista con ocasión de la suspensión de la ejecución del contrato, circunscrita al coste directo de parada de medios auxiliares y equipos y a los costes de personal, a la vista de los precios del contrato inicial. Estas consideraciones son plenamente aplicables al presente caso, de modo que la contratista sólo tiene derecho a ser indemnizada por los gastos efectivamente sufridos como consecuencia de la suspensión de la obra, y vinculados a la misma de forma inmediata, que hubieran sido debidamente acreditados. En consecuencia, según resulta de los antecedentes extractados, la adjudicataria tiene derecho a ser indemnizada con un importe de 60.002,18 €.

¿Qué ocurre cuando no existe acuerdo formal de suspensión pero tras la modificación que provoca una suspensión se concluye un nuevo contrato?.

Ya en relación con la Ley de 1995 hay que referirse a un pronunciamiento de 2007⁵³¹. Necso Entrecanales Cubiertas S.A., interpone recurso de casación para la unificación de doctrina 374/2004, respecto de la Sentencia desestimatoria dictada el 20 de Noviembre de 2003, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, deducido por aquella contra la Resolución del Ministerio de Medio Ambiente de 27 de Enero de 2001, que desestimó la reclamación de daños y perjuicios ocasionados por la suspensión temporal de las obras durante la ejecución del proyecto de obras de acondicionamiento del borde marítimo entre San Cristóbal y Vegueta, en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria. Destaca que la autorización del proyecto modificado tiene su razón de ser en la exposición formulada por el contratista que finalmente fue aceptada por la Administración. La pretensión indemnizatoria de la recurrente se sustenta en el Art. 103 de la L.C.A.P., precepto referido a la suspensión de los contratos cuyo apartado 2/ establece que "...2.- Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste". Subraya que ahora no consta "un acuerdo formal de suspensión de las obras por parte de la Administración, ni hay constancia de que se extendiese el acta motivada al mencionado Art. 103.1". Mas subraya, "que las señaladas carencias formales no pueden llevarnos a ignorar que por parte de la Administración hubo actos concluyentes que demuestran no sólo que conoció y toleró la suspensión de las obras sino que de manera consciente y voluntaria asumió que las obras quedasen paralizadas hasta la redacción y aprobación del proyecto modificado". Acude por ello a la relación de acontecimientos reseñada en el apartado anterior y destaca: "el informe que emitió la Demarcación de Costas en Canarias a favor de la suspensión de las obras; el hecho de que la Dirección General de Costas realizase actos que traían causa de aquella suspensión como es la autorización del reajuste de anualidades en el crédito; o, en fin, el hecho mismo de que

⁵³¹Ver S.T.S. de 25 de Septiembre de 2007, Ar.7928, Nº de Recurso: 374/2004, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO.

una vez aprobado el proyecto modificado se acordase expresamente el reinicio de las obras". No reputa relevante para justificar la denegación de la indemnización el que la empresa contratista no formulase reservas ni objeciones en el momento de la liquidación del contrato, pues "en la fecha en que se aprobó tal liquidación -5 de Diciembre de 2000- hacía ya varios meses que la empresa contratista había presentado la reclamación indemnizatoria" pues se presentó el 10 de Abril de 2000. Valora que "algunas de las razones recogidas en la resolución recurrida -y, en concreto, la que se refiere a la ausencia de un acuerdo expreso y formal de suspensión de las obras- no constituyen razón suficiente para excluir la indemnización solicitada" pero entiende que hay otros argumentos que sirven para fundamentar la denegación de la indemnización pretendida. Por ello comparte el sentido del dictamen del Consejo de Estado en cuanto que "la suspensión o paralización de las obras vino seguida de la aprobación de un proyecto modificado que fue aprobado por la Administración y al que la empresa contratante prestó también su conformidad al suscribir el contrato por el que se le adjudicó la ejecución de este proyecto modificado. Es cierto que en el presupuesto del nuevo contrato -que experimentó una variación total negativa por ser los elementos de obra suprimidos de más entidad que las modificaciones al alza- no se menciona ninguna partida específicamente referida a compensar los perjuicios derivados del periodo de suspensión de las obras. Pero el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del Art. 103.2 L.C.A.P., pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar -y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados aquella suspensión." Afirmar la recurrente que la Sentencia impugnada es contradictoria con otras Sentencias dictadas en recursos en los que se formulaban pretensiones substancialmente iguales al recurso en que se ha dictado la Sentencia que se recurre, y en concreto, con las Sentencias de la Audiencia Nacional de 9 de Junio de 2000, recaída en el recurso nº 947/98 (sección 6ª) y Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1980, pronunciada en el recurso de apelación nº 35.167/79 y 18 de Octubre de 1979, dictada en el recurso 305.337/77; en las que habiéndose suspendido las obras ante la necesidad de modificar el proyecto y reanudándose tras la aprobación del mismo, se declara el derecho del contratista a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por la suspensión temporal de las mismas. Entiende que entre la Sentencia que ahora se recurre y las precitadas concurren idéntica situación entre los litigantes, ya que en todas ellas los recurrentes ostentaban la condición de contratista de contratos administrativos al igual que aquí ocurre. En cuanto a la igualdad sustancial de hechos esgrime que en todas las invocadas el recurso se interpuso contra la desestimación expresa o presunta de las reclamaciones presentadas para la indemnización de los daños y perjuicios causados al contratista por la suspensión temporal total de las obras, suspensión que respondía a la necesidad de modificar el proyecto y que se prolongó hasta su aprobación y ulterior adjudicación al contratista tras haber solicitado éste la paralización temporal de aquellas o haberla ordenando la administración. Defiende que en el caso de autos acontece lo mismo. Respecto a la igualdad sustancial de fundamentos subraya que en todas las mencionadas se aducía la obligación de la administración de resarcir al contratista de los daños y perjuicios que le causen cuando se acuerde la suspensión de las obras. Finalmente en cuanto a la igualdad

sustancial de pretensiones manifiesta que en todas las esgrimidas se pretendía el abono de los daños y perjuicios causados durante la suspensión temporal total de la obra que tuvo lugar durante la tramitación y aprobación del proyecto modificado. Petición que subraya es la interesada en el recurso contencioso administrativo del que dimana el presente de casación. Tras lo relatado argumenta que existe contradicción entre la Sentencia impugnada y las aportadas de contraste por cuanto mientras en aquella se desestima la pretensión ejercitada, en el resto se ordena el abono a favor del contratista de los daños y perjuicios producidos a consecuencia de la paralización. Situación ésta última que insiste es en la que se encuentra la empresa recurrente. Pretende que la doctrina correcta es la contenida en las Sentencias que ahora se alegan como contradictorias con la que ahora se recurre en cuanto reconocen, en los supuestos en que las obras se hayan suspendido durante la tramitación y aprobación de un modificado, el derecho al contratista al abono de los daños y perjuicios causados por la suspensión, sin que ello resulte impedido por el hecho de haberse aprobado y adjudicado dicho modificado sin protesta por el contratista.

Frente a los anteriores razonamientos efectúa sus alegaciones el Abogado del Estado, enfatizando la necesidad de que los perjuicios sufridos sean "efectivamente" padecidos para que entre en juego la indemnización pretendida. En primer lugar, tras transcribir el Art. 103 L.C.A.P., pone de relieve que se parte de un Reformado Global del Proyecto primitivo, de presupuesto negativo, que amplía el plazo de ejecución, que varía aquel Proyecto originario con multitud de adiciones y supresiones cuyo contrato se firma sin reserva alguna. Destaca que es un caso singular en el que el Ministerio acoge poco hospitalariamente ese dictamen en la Resolución que dicta. Como segundo alegato arguye que los casos que resuelven las Sentencias invocadas son distintos. En estos se han producido unos perjuicios efectivos, a diferencia del caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación para unificación de doctrina. Concluye que no hay identidad fáctica exigida por el Art. 96.1 de la L.J.C.A.

Explica el Supremo que ya ha explicitado en fundamento anterior que la revisión de la valoración de la prueba constituye un hecho absolutamente vedado en el ámbito del recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina. Partimos de que esta Sala en su S.T.S., de 16 de Febrero de 2001, recurso de casación 523/1995, ha mantenido que "la administración contratante tiene reconocido un *ius variandi* que puede imponer al contratista hasta determinados límites, y que, cuando son rebasados lo que está establecido es que se pueda instar la resolución contractual. Por lo cual, la continuidad del contrato tras el ejercicio de ese *ius variandi*, y cuando no se ha acordado su resolución por no haberla instado el contratista, no es resultado de una específica anuencia de este último que haya sido presumida a partir de su conducta de no solicitar la resolución, sino aplicación de lo dispuesto en dicha regulación". Por ello, si la Sala de instancia ha entendido que se ha producido una modificación contractual del contrato primitivo mediante la suscripción de un nuevo contrato -no de un anexo al primero cuya vigencia continúa- originando así una novación contractual a tal aserto debemos estar. No conviene olvidar que es a la Sala de instancia, a quien corresponde la facultad de establecer si se dan o no los requisitos de la novación, extinción o modificación contractual (S.T.S. 10 de Octubre de 2000, recurso de casación 2613/1995 con cita de otras de la Sala de lo Civil respecto a que la interpretación de los contratos pertenece a la soberanía del juzgador de instancia y escapa al control de la casación)

valorando la prueba ante ella practicada. Por ello no ha lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto.

Puede resultar interesante citar un caso de 2011. Por la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana se desestimó en fecha 30 de Enero de 2004 la solicitud que formuló la entidad "DEOGRACIAS CANDEL, S. A. y MIDASCON, S. L. U.T.E."⁵³², correspondiente a la medición general de la obra sobre "concentración, supresión y mejora de la línea 1 del FGV, tramo Alginet-Villanueva de Castellón", de la que fue adjudicataria dicha entidad el 27 de Noviembre de 2000. Con fecha 6 de Abril de 2004, la U.T.E., citada interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de la Comunidad Valenciana que se tramitó ante la Sección Tercera Sentencia el día 1 de Julio de 2008, que estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la U.T.E. "Deogracias Candel, S. A." y "Midascón, S. L.", declarando el derecho de la parte recurrente a que sean satisfechos 271.674,07 €, por las obras ejecutadas y no pagadas por la Administración contratante. Declaramos el derecho de la parte recurrente a ser indemnizada en 317.192,77 €, por los perjuicios derivados por la paralización de la obra. La Sentencia recurrida en casación llega a la solución estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos extractados: - Como se ha reseñado, la U.T.E., recurrente reclama a la Administración una liquidación de 271.674,07 €, además de lo certificado. Las diferencias económicas entre la relación valorada de la Administración y la de la U.T.E., se clasifican en los apartados de "diferencias de desacuerdos en las mediciones", "diferencias derivadas de la aparición de nuevas unidades", "diferencias de partidas incluidas en las certificaciones de obras pero no recogidas en la liquidación final" y "diferencias duplicadas". - Dados los desacuerdos entre la U.T.E., contratista y la Administración contratante, hay que tener presente: Que no obstante la fiabilidad de la apreciación de los facultativos de la Administración sobre la medición de las obras, basada en la objetividad y cualificación presumibles en el ejercicio de sus funciones públicas, el contratista disconforme con dicha apreciación puede cuestionarla en el proceso mediante prueba pericial judicial, teniendo la oportunidad de demostrar su incorrección con las garantías de contradicción e inmediatez. Que si se ejecutaron unidades de obra dispuestas por la Administración contratante al margen del procedimiento legalmente establecido, esto es, si las obras se realizaron con el conocimiento y consentimiento de la Administración y por tanto, si fueron realizadas además en su beneficio, habría que reconocer a la empresa que las realizó el derecho a su abono conforme a reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo (S.S.T.S. de 11/7/1997, 26/3/1999, 25/10/2005 y 12/3/2008), y ello aun en el caso de que para alguna de ellas no hubiera habido contratación formal, pues en ocasiones el Tribunal ha reconocido el derecho al abono al contratista del importe de las obras realizadas por este en beneficio de la Administración, siempre que la Administración las hubiese conocido y cuando menos por tanto implícitamente consentido. - En el mismo sentido, con relación a los excesos de obra, la S.T.S., de 9/10/2000, razona que "(e) el exceso en el ejecución de las obras, efectivamente realizado y entregado a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra produce un enriquecimiento para

⁵³² Ver S.T.S., de 15 de Diciembre de 2011, Nº de Recurso: 4643/2008, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

la Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a la primera la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto, aplicable a los contratos administrativos como corrección al principio de su inalterabilidad (o imposibilidad de modificarlos salvo en los casos del Art. 149 del Reglamento General de Contratación). Así lo ha establecido la jurisprudencia del T.S, (en S.S.T.T., de 20/12/1983, 24/1/1984 y 26/2/1999).

En el presente proceso se ha practicado prueba pericial judicial sobre los puntos de discrepancia y el Perito judicial, tras examinar la documentación correspondiente, también la aportada por la recurrente, llega a señalar hasta 119 partidas discrepantes. Su método de trabajo ha consistido en identificar todas y cada una de las diferencias; comprobar in situ la ejecución, su procedencia, sus mediciones; comprobar los precios aplicados; y comprobar pormenorizada y numéricamente la veracidad de lo reclamado "en el grueso de la reclamación". -La validación pericial de lo reclamado se ha centrado, en cuanto a las diferencias de medición, en las partidas cuyo importe supone el 76,43% de la reclamación de la contratista; en cuanto a las unidades nuevas, en las partidas que suponen el 84,04% de la reclamación; en cuanto a las unidades "olvidadas", en las partidas que suponen el 94,18% de la reclamación; y en cuanto a las unidades "duplicadas", las que suponen el 95,99%. - El método empleado por el Perito es prospectivo, pero ello no compromete su fiabilidad por cuanto la comprobación se centra en un porcentaje muy alto de las discrepancias apuntadas. Las conclusiones periciales, por lo tanto, son válidas, y se resumen en que se ha comprobado la realidad de las impugnaciones y reclamaciones sostenidas por la contratista, de ahí que haya que darle la razón a ésta ante las discrepancias manifestadas, y asumir la pretensión de que le sean satisfechos 271.674,07 €. a la parte actora. - Así, en cuanto al primer capítulo de peticiones, es de señalar que está acreditada la demora de la obra en el período que va desde la comprobación del replanteo (acta de 22/2/2001), hasta fecha de efectivo comienzo (11/10/2001), y esto porque la Administración no disponía de los terrenos necesarios para la ejecución del contrato. En tales circunstancias, a la Administración contratante le es imputable la demora; también por consiguiente los daños y perjuicios que con tal demora se hubieran podido causar a la contratista. Este es el criterio que funda dos Sentencias del Tribunal Supremo: la S.T.S. de 23/5/1988, donde se admite que el hecho de que el contratista no formule reserva alguna en el momento del replanteo no libera a la Administración de poner al contratista en la posesión de los inmuebles precisos para la realización de las obras, todo lo cual condujo al reconocimiento de una indemnización a favor del contratista; y la S.T.S. de 27/11/1998, en análogo sentido. Por ello hemos de asumir la pretensión indemnizatoria por este concepto. - Igualmente asumimos las conclusiones del Perito judicial, según las cuales, ante dos partidas indemnizatorias que propone la recurrente, costes indirectos y gastos generales, debe rechazarse la primera porque no se justifica con nóminas, declaraciones de servicios sociales, factura de maquinaria, de casetas y otras instalaciones, que se hayan inmovilizado, con motivo de la paralización, ni medios personales ni maquinaria ni equipos, pero no la relativa a los gastos generales, pues la no ejecución de la obra representa que los trabajos que debieran realizarse no colaboran al sostenimiento de los gastos que la empresa tiene, se ejecute o no la construcción. En definitiva, la recurrente debe ser resarcida por este concepto en 317.192,77 €, en congruencia con la cuantía solicitada por ella en la demanda. - La recurrente, además, pretende ser indemnizada por los supuestos daños y perjuicios derivados de la paralización de las obras, relatando que

la obra inicial se estipuló que terminaría en 4 meses y medio y el contrato modificado en un mes, siendo que la obra duró 22 meses por paralizaciones autorizadas por la Administración, pero esta pretensión debe ser rechazada. Desde luego que, conforme al Art. 96 (de la L.C.A.P.), cuando el retraso en la ejecución del contrato fuese producido por causa no imputable al contratista, éste tiene derecho a la opción de cumplir sus compromisos durante una prórroga que debe conceder la Administración contratante. Pero aquí no tratamos del derecho de la contratista a exigir la prórroga en las condiciones antedichas, sino del derecho, en su caso, a ser resarcida por retrasos imputables a la Administración. - Lo que consta en las actuaciones es que, una vez comenzada la obra, la contratista solicita a la Administración contratante sucesivas prórrogas al plazo previsto de ejecución, accediendo a ello la Administración, con lo que, lógicamente, se dilata la duración de la obra. Sin necesidad de pronunciarnos sobre sí a la propia contratista le son imputables los retrasos, sí cabe decir que las peticiones de prórroga fueron voluntarias y por propia iniciativa, así como que los actos de la Administración accediendo a las prórrogas no pueden asimilarse, ni aun en forma tácita, a las suspensiones a que se refiere el Art. 102 L.C.A.P., y tampoco el retraso en la ejecución de la obra es imputable a la Administración, que es lo que justificaría una indemnización con arreglo al número 2 del citado precepto. De ahí que la contratista y hoy recurrente no pueda pretender que la Administración contratante le indemnice por tal concepto.

Finalmente citar un asunto de 2012⁵³³. En el segundo motivo de casación la parte recurrente entiende, a tenor del mismo Art. 88.1.d de la L.J.C.A., que se ha infringido el Art. 103.2 de la mencionada Ley de Contratos. En defensa de su argumentación, la parte recurrente señala, de forma resumida, lo siguiente: 1º) El Art. 103.2 L.C.A.P., reconoce al contratista el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la suspensión o retraso temporal de la obra origine, cuando se produzca por causa ajenas a su voluntad, como es el caso, según se reconoce en los hechos fijados en la instancia. Y la suspensión o retraso de la obra tiene lugar, fundamentalmente, como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por la Administración contratante, toda vez que dicha prerrogativa implica la obligación de resarcir los daños y perjuicios provocados al contratista, para restablecer el equilibrio del contrato, con independencia de que la misma verdaderamente reúna o no los requisitos legalmente previstos u obedezca o no a una actuación imputable a la Administración. Como se dice en las Sentencias de esta Sala de 31 de Mayo de 1989 y 24 de Diciembre de 1997, "el contratista asume la obligación de ejecutar la obra conforme al precio pactado, aceptando el riesgo de que a lo largo del contrato su ejecución resulte más gravosa por cualesquiera circunstancias que no sean debidas a fuerza mayor". Tales afirmaciones no son reconocidas en la Sentencia recurrida, en cuyo razonamiento jurídico sexto afirma (y este extremo no ha sido desvirtuado por la parte actora en sede casacional), que la entonces demandante aquí recurrente se aquietó a las modificaciones y añadidos introducidos en la redacción inicial del proyecto, sin formular objeción de tipo alguno; por lo que no resultan de aplicación al caso enjuiciado las previsiones contempladas en el Art.103.2 L.C.A.P., de suerte que si el período de suspensión de las obras, o la ampliación de su inicial plazo de duración, culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera

⁵³³Ver S.T.S. de 7 de Junio de 2012. Nº de Recurso: 2050/2009, Ponente: D.JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

conformidad, carece de sentido pretender después una indemnización autónoma para reparar los perjuicios ínsitos en los acuerdos inicialmente suscritos. Sobre este punto el Art. 146 de la Ley 13/95 incorpora la obligación del contratista a continuar la ejecución de nuevas unidades de obra, salvo que optara por la resolución: a) bien por considerar que la modificación superaba el 20% del precio inicial, lo que no sucedía en la cuestión planteada, pues el adicionado representó un 11,73% y de acuerdo con los Arts. 76 y 149 del R.G.C.E, tales modificaciones estaban justificadas, se debían a necesidades nuevas y causas técnicas no previstas, o b) bien por estimar la existencia de una alteración sustancial inexistente, en este caso, al reconocerse plenamente la uniformidad respecto del proyecto inicial (Arts. 50 L.C.E de 1963, 146 y 150 L.C.A.P., de 1995 y 150 R.G.C.E). Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del segundo motivo.

Por otro lado se refiere a la inobservancia de los Arts. 81, 127 y 131 del Reglamento General de Contratación⁵³⁴.

⁵³⁴ Manifiesta la recurrente, a este respecto, lo siguiente, de forma extractada: 1º) En lo relativo a la primera de las incidencias que provocó el desfase temporal de la obra, consistente, según los hechos reconocidos en la instancia, en una "suspensión temporal" de la obra, el órgano judicial a quo adopta una decisión de fondo desestimatoria, en el entendimiento de que dicho retraso no es imputable a la Administración, toda vez que el punto 12.2 del P.C.A.P., establecía la obligación del contratista de gestionar el otorgamiento de las licencias y autorizaciones necesarias para la iniciación y entrega de las obras. 2º) Los preceptos anteriormente citados, cuya infracción se invoca, revelan el imperativo deber y la responsabilidad exclusiva del órgano público contratante, no en la gestión, que en este caso es atribuida al contratista, sino en la obtención de todos los permisos y autorizaciones administrativas necesarias para la posesión pacífica de la obra y la ejecución de la misma, así como en el cumplimiento de todos los requisitos que tales títulos administrativos requieran. Así, los Arts. 81, 127 y 131 del R.G.C.E., aluden al deber de la Administración de garantizar al contratista la libre disponibilidad de los terrenos sobre los que la obra ha de ejecutarse, como, por otra parte, ha señalado esta Sala Tercera, entre otras, en la Sentencia de 12 de Febrero de 1988 y 21 de Mayo de 1990 . Y en el mismo sentido se pronuncian los dictámenes del Consejo de Estado de fechas 16 de Mayo de 1996, -expediente 803/1996- y 28 de Junio de 2003-expediente 947/2003-, en los que se aprecia la responsabilidad de la Administración y su obligación de resarcir al contratista los daños derivados. Como señala acertadamente la Sentencia impugnada, a partir de la autorización obrante a los folios 11 a 13 del complemento del expediente administrativo, no era de la competencia propia de la Administración contratante resolver sobre el otorgamiento de dicho título administrativo y según ha tenido ocasión de declarar esta Sala, Sección 4ª, en la Sentencia de 31 de Enero de 2006 - recurso 5295/2001 -, el Art. 131 del R.G.C.E., dispone que " a estos efectos, el órgano de la administración que haya celebrado el contrato facilitara las autorizaciones y licencias de su competencia que sean precisas al contratista para la construcción de la obra, y le prestara su apoyo en los demás casos", y a pesar de esa exigencia no consta acreditado, ni incluso el recurrente refiere, que hubiera requerido a la Administración para que le prestara apoyo alguno, y cuando ello es así, no se puede amparar en el deber genérico de prestar apoyo que el Art. 131 del R.G.C.E. refiere, máxime cuando se trata de licencias ante una Administración distinta e independiente de la Administración contratante, y, cuando está acreditado que la parte recurrente conocía las características de la obra que pretendía realizar. En este caso, correspondía a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir la autorización para la desviación de las aguas y no puede imputarse a la Administración contratante los supuestos perjuicios derivados de la suspensión inicialmente acordada como consecuencia de la pendencia del otorgamiento de la autorización ante dicha Confederación Hidrográfica, como se infiere del contenido del Art. 142 del R.G.C.E. y resulta claro que dicha entidad pudo, una vez transcurridos seis meses interesar la resolución del contrato con cobertura en los Arts. 150 y 152.1 de la L.C.E., con el consiguiente derecho a que se le abonasen las obras realizadas hasta ese preciso momento. En consecuencia, como ha declarado esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 22 de Abril de 2008 -recurso 1611/2006 -, 30 de Junio de 2009 -recurso 4296/2007 - y 21 de Julio de 2011 -recurso 110/2009 -, estamos ante un supuesto en el que sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista

El incumplimiento de los Arts. 146 y 148 del R.G.C.E. A este respecto, la parte recurrente pone de manifiesto, en síntesis, lo siguiente:

1º) La Sentencia recurrida deniega que la segunda de las suspensiones habidas provocada por la tramitación de un proyecto modificado genere derecho indemnizatorio a favor de la entidad recurrente, aduciendo que dicha entidad no puso ninguna objeción al ejercicio del *ius variandi* promovido por la Administración, pero, sin embargo, los preceptos que se invocan como infringidos determinan, sin mayor consideración, la necesidad de indemnizar al contratista los daños que el uso de dicha prerrogativa le origine.

2º) Lo anteriormente dicho entronca con la adecuada interpretación del llamado "principio de riesgo y ventura" del contratista (Art. 99 L.C.A.P.), que no obliga al mismo a soportar el daño provocado por las alteraciones contractuales que imponga el ente público u otras circunstancias ajenas a la voluntad del contratista, como puede ser la falta de disponibilidad de los terrenos. Y la obligación objetiva de la Administración de resarcir los daños y perjuicios provocados, como contrapartida ineludible del propio *ius variandi*, se deduce de la simple lectura literal del Art.103.2 de la referida Ley de Contratos en consonancia con el Art. 146 del R.G.C.E.

Frente a esta argumentación y aun reconociendo que la mera pasividad inicial del contratista no opera como causa excluyente de una posterior reclamación, lo cierto es que en el presente caso, la modificación producida estaba justificada, en coherencia con los Arts. 76 y 149 R.G.C.E., y obedeció tanto a causas técnicas imprevistas como a circunstancias sobrevenidas con respecto al momento inicial de redacción del proyecto, revistiendo todas ellas la nota característica del concepto de imprevisibilidad, que no se ha desvirtuado por la parte recurrente en el recurso de casación, mediante la invocación de la infracción de una norma valorativa de la prueba, inexistente en ninguno de los motivos de casación formulados. Por otra parte, la Ley de Contratos en sus Art. 101 y 146, habilitan al correspondiente órgano de contratación para que pueda introducir modificaciones en los contratos por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que se deban a necesidades nuevas o a causas imprevistas. En este sentido, el interés público resulta consustancial al ámbito normativo de la contratación administrativa, por la especial significación de este sector del Ordenamiento jurídico como consecuencia de sus evidentes repercusiones sociales y por la prevalencia de los intereses generales, proclamada en la Directiva 2004/18/ C.E. y reconocida en una muy consolidada doctrina tanto del T.J.U.E., desde las Sentencias de 15 de Enero y 10 de

como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas ni calculadas en el proyecto que han sido liquidadas con saldo positivo a favor del contratista y dicha situación debe engarzarse con el principio de riesgo y ventura establecido en el Art. 99 de la Ley de Contratos invocado por la parte recurrente en el último motivo, de manera que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor. De esta forma, la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen alterando muy significativamente el equilibrio económico y contractual existente en el momento inicial del contrato, que han quedado y sobrepasando, en definitiva, los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación contractual, que quedan compensados en la cuestión planteada con la aprobación de un modificado, y la percepción de los incrementos económicos correspondientes, circunstancias que permiten rechazar el motivo.

Noviembre de 1998 - asuntos C-44/96 y C-360/96, respectivamente-, como de este T.S. - por todas las Sentencias de esta Sala de 17 de Octubre de 2007 (recurso 3171/1995) y 16 de Febrero de 2010 (recurso 3690/2007)-, sin que en este caso, dicha potestad modificativa, ejercitada correctamente por la Administración, genere el derecho a la indemnización instado, en coherencia con los precedentes razonamientos, determinantes de la desestimación del motivo, siendo inaplicables al supuesto de autos las Sentencias de 30 de Marzo de 1991 y 2 de Octubre de 1979 , pues esas Sentencias contemplan dos supuestos en que la realización de la obra por medios más costosos fue debida a circunstancias totalmente ajenas al contratista e imputables únicamente a la Administración ,y aquí, en el supuesto de autos, no solo ningún incumplimiento cabe atribuir a la Administración, como ha declarado probado la Sentencia recurrida, sino que el retraso inicial puede atribuirse al contratista que era el obligado a solicitar la licencia.

3º) Que se ha producido una vulneración del Art. 146. 1 y 2, L.C.A.P 13/95. La parte recurrente entiende que una cosa es que el contratista no tenga obligación de soportar los perjuicios derivados del *ius variandi* (y por eso tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios que tal prerrogativa le provoque) y otra muy distinta que pueda oponerse o impedir ejercitar el reformado, según se desprende del tenor literal del Art. 146, apartados 1 y 2, de la mencionada Ley de Contratos. Y añade que si se admite que en el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su liquidación final o recepción definitiva, los actos que se realizan tanto por parte de la Administración como del empresario son provisionales, forzoso es concluir la improbabilidad de que puedan existir actos consentidos, tanto por parte de éste como por parte de aquella. En el Art. 98 de la mencionada Ley se establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el Art. 144, que regula el derecho a indemnización del contratista con respecto a los supuestos de fuerza mayor que en dicho precepto se establecen, afectando, por consiguiente, a un ámbito objetivo y formal diferente del que ha propiciado el recurso que está enjuiciando la Sala, al carecer las circunstancias concurrentes de la consideración de fuerza mayor. Sobre este punto, tanto la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que cita la parte recurrente en su escrito de interposición, como los dictámenes del Consejo de Estado referidos en dicho escrito, no resultan de aplicación al supuesto controvertido en función del alcance y de los efectos de las consideraciones reflejadas en lo manifestado por esta misma Sala, entre otras, en las Sentencias de 22 de Abril de 2008 –recurso 1611/2006 -, 30 de Junio de 2009 -recurso 4296/2007 - y 21 de Julio de 2011 -recurso 110/2009 -, al afectar el caso enjuiciado a un supuesto en el que, sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas ni calculadas en el proyecto, que fueron debidamente compensadas. En suma, demostrada y no desvirtuada la concurrencia de circunstancias no previstas en el contrato, que no eran imputables a la Administración y que no tenían la consideración de fuerza mayor, el requisito de la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario, alterando muy significativamente el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato y sobrepasando, en definitiva, los límites razonables de aleatoriedad que toda licitación contractual comporta, lo que no sucede en este caso. Por ello, la solución adoptada por la Sentencia recurrida no resulta vulneradora de los Arts. 146 y 148 de la Ley 13/1995, por estar obligado el contratista a

su cumplimiento, al tratarse de modificaciones del proyecto que con arreglo al Art. 102 implican aumento de unidades de obra, sin perjuicio de la facultad de resolución en obras en las que aislada o conjuntamente hayan alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial, lo que no sucede en este caso y reiterando los razonamientos precedentes determinan la desestimación del motivo.

4º) Invoca la infracción del Art. 99.1 de la Ley de Contratos. En este aspecto la parte recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

1º) La Sentencia recurrida considera que la recurrente debe asumir todos los daños generados como consecuencia de las suspensiones y retrasos en la ejecución del contrato de obra, lo que supone apartarse del adecuado sentido y objeto del principio de riesgo y ventura, que regula el Art. 99.1 de la Ley de Contratos, e imponer a la recurrente, no el riesgo financiero de mayor o menor ventura en la normal ejecución de la obra, sino la obligación de soportar el perjuicio provocado por un extraordinario retraso y aumento del volumen, por nuevas unidades de obra en la ejecución, motivado por causas ajenas al contratista.

2º) Según las Sentencias de esta Sala de 21 de Junio de 1976 , 22 de Septiembre de 1982 , 27 de Abril de 1987 y 11 de Mayo de 1995 , el principio de riesgo y ventura es compatible con la utilización del poder de modificación y sus consecuencias anejas en los términos previstos en la legislación de contratos. El motivo ha de ser desestimado debido a que al no haberse instado por la parte recurrente la resolución contractual, y al haber aceptado las modificaciones contractuales, el ejercicio de *ius variandi* no determina siempre, necesariamente, como han reconocido los dictámenes del Consejo de Estado y jurisprudencia de esta Sala, derecho a ser indemnizado en una situación que no está amparando un fraude de los principios de contratación administrativa y que no limitó las garantías del contratista, en aplicación del Art. 150 de la Ley 13/95 , teniendo en cuenta las anteriores Sentencias pronunciadas por esta Sala en asuntos similares: - En la S.T.S., de 15 de Febrero de 2012, cas. 1419/2009 , F.J. 8, especialmente los apartados 3 y 4, teniendo en cuenta el importe de la liquidación y las apreciaciones fácticas de la Sentencia recurrida, no desvirtuadas en sede casacional, criterio reiterado en la S.T.S., de 21 de Marzo de 2012, cas. 642/2009 y que llevaron a la desestimación del recurso de casación. - En la S.T.S. de 16 de Abril de 2012, cas 28/2009, F.J. 4, al reconocer la inexistencia de vulneración, pues el contratista no dejó de cobrar el trabajo ejecutado, no se infringió el principio de riesgo y ventura y no hubo enriquecimiento por la Administración. - En la S.T.S., de 23 de Abril de 2012, cas. 373/2009, F.J. 4, al negar la infracción del Art. 99 de la Ley 13/95. Todo ello, respetando el casuismo y circunstancias concretas que revisten los asuntos relativos a la contratación administrativa. Debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación nº 2050/2009⁵³⁵.

⁵³⁵ Hay que advertir que en esta Sentencia hay un voto particular que formula el Magistrado Don José Díaz Delgado, y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas, y en el que se afirma lo siguiente: "PRIMERO.- El Art. 103 de la Ley 13/1995 L.C.A.P., que lleva por rúbrica "Suspensión de los contratos " dispone lo siguiente: "1. Si la Administración acordare la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el Art. 100, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de

aqué. 2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste". Por su parte el Art. 100, al que se remite el anterior precepto dispone que: "4. La Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el Art. 148 y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en un 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas. 5. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley. 6. Si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen". Del análisis de estos preceptos se desprende que el legislador ha querido establecer el derecho del contratista al abono por parte de la Administración de los daños y perjuicios sufridos por aquél, cuando la Administración acuerde la suspensión del contrato. En el Art. 100 se prevé como causa que permite dicha suspensión, no imputable al contratista, la demora en el cumplimiento del precio del mismo. El análisis sistemático del párrafo 1º del Art. 103 citado, nos lleva a la conclusión de que para que la Administración sea responsable de indemnizar los daños y perjuicios, no solo ha de acordar formalmente la suspensión del contrato, sino que dicha suspensión no debe ser imputable al contratista, y por eso se remite expresamente al Art.100, que prevé que la Administración incurra en mora. A dicha conclusión se llegaría igualmente de la aplicación supletoria de la legislación civil, en virtud de lo dispuesto en el Art. 7.1 de la Ley de Contratos antes citada. En efecto, el Art.1101 del C. Civil dispone que " Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". Pues bien, dicha responsabilidad es compatible con el principio de que el contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, (el Art.99 de la Ley dispone que " la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el Art. 144 "), lo que implica que deba soportar aquellos daños que debió prever; y también con la posibilidad legalmente prevista de que, en determinados casos, y a pesar de no existir culpa alguna por la Administración, se de la existencia de fuerza mayor. Dispone el Art. 144 de la ley que: "1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público". En congruencia con lo anteriormente dicho y teniendo en cuenta que entre los antecedentes de hecho de los que parte la Sentencia se encuentra el 7º y el 8º que reconocen que el 29 de Enero de 1999, la Dirección Facultativa solicitó a la Dirección General de Obras Hidráulicas la suspensión temporal parcial en la parte de las obras que se vieran afectadas por la modificación del proyecto que estaba redactándose, como consecuencia de la geología y morfología del terreno, de cimentación del dique auxiliar y el vaso del embalse, y que con fecha 13 de Diciembre de 2000, se firmó la modificación del contrato administrativo, aprobado el día 4 de Octubre de ese mismo año, " debido a circunstancias ajenas a la recurrente ", parece acreditado que al menos parcialmente, la suspensión de las obras se debió a la imprevisión del proyecto original, por lo que en ningún caso son imputables al contratista, por lo que entendemos que el recurso de casación debió estimarse en este punto, y anulada la Sentencia, estimar , al menos parcialmente, el recurso contencioso-administrativo. Discrepamos del fundamento jurídico quinto A.1., de esta Sentencia en cuanto sostiene que el contratista no tiene derecho a reclamar indemnización cuando no supere el modificado el 20% del inicial importe del precio o implique modificación sustancial, pues una cosa es que cuando se superen determinados porcentajes el contratista tenga derecho a solicitar la resolución del contrato, con los efectos legalmente previstos, y otra que, o bien dicha solicitud ,que no es obligatoria, no se produzca, o bien que no se alcancen dichos porcentajes, en cuyo caso la continuación de las obras es obligatoria para el contratista, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 146.4 T.R.L.C.A.P., y 159 del R.G.C.E; pero ello no es obstáculo para que tenga derecho a ser indemnizado, como consecuencia de la aplicación del Art.103.2 de la Ley de Contratos. Discrepamos igualmente de la Sentencia en tanto considera que el hecho de haber aceptado la

Con respecto al T.R.L.C.A.P., de 2000 hay que referirse a un Dictamen de 2011⁵³⁶. Explica el Consejo de Estado en cuanto al fondo de la cuestión planteada que la

modificación, sin protesta acerca del precio y condiciones de la misma, implica la renuncia a cualquier indemnización. Para ello debería constar inequívocamente a la firma de la modificación que nos encontramos ante una novación del contrato, y no ante una mera extensión de su objeto, obligatoria para el recurrente. En el presente caso la Sentencia afirma que no nos encontramos ante un nuevo contrato, por lo que entendemos que la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la suspensión de las obras no debería excluirse.

⁵³⁶Ver Dictamen del Consejo de Estado de 2 de Junio de 2011. Número de expediente: 727/2011 (MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO). Referencia: 727/2011. Asunto: Indemnización por daños y perjuicios causados durante la ejecución del contrato "Recuperación dunar y pasarela peatonal entre carrer Castilla-Lledó y el carrer Ribera Baixa, en la playa de Gandía, término municipal de Gandía (Valencia)" presentada por una U.T.E. Las obras denominadas "Regeneración dunar, pasarela peatonal y mejora de la fachada marítima de la playa de Gandía, T. M. de Gandía (Valencia)" fueron adjudicadas a la U.T.E., formada el 30 de Marzo de 2007. El presupuesto de adjudicación fue de 3.313.893,01 €, con un coeficiente de adjudicación de 0,640599 y un plazo de ejecución de 4 meses. La cláusula sexta del contrato señala que no procede la revisión de precios. El proyecto fue redactado por el Ayuntamiento de Gandía. Las obras consistían en la regeneración y replantación del cordón dunar, el establecimiento de una pequeña acera junto al vallado de las propiedades privadas para albergar los servicios de agua, riego y alumbrado público, la construcción de una pasarela peatonal elevada de madera y de otra pasarela curvilínea sobre la arena entre los cordones de dunas y, finalmente, la instalación de mobiliario urbano y de postas sanitarias. El 22 de Mayo de 2007, el Ayuntamiento de Gandía solicitó que durante los meses de Julio, Agosto y la primera semana de Septiembre se suspendiesen los trabajos en la playa por razones turísticas. Previa petición de la contratista, el 8 de Octubre de 2007, se autorizó el reajuste de anualidades correspondiente, fijándose como fecha de finalización del contrato el 15 de Enero de 2008. El 8 de Enero de 2008 se autorizó la redacción del Proyecto Modificado N° 1 del meritado contrato de obras, a instancias de la Demarcación de Costas en Valencia tras la previa petición del Ayuntamiento de Gandía para que se introdujeran una serie de modificaciones (cimentación de las postas sanitarias y las zonas de encuentro mediante pilotes de madera así como otras actuaciones no previstas originariamente, como la conexión de las redes de servicios a las postas sanitarias y la protección de las tuberías de agua y saneamiento). Con relación a esta modificación, el 24 de Octubre de 2008, la Intervención emitió informe señalando que parte de estas modificaciones podrían deberse a imprevisiones o errores del proyecto licitado redactado por el Ayuntamiento de Gandía. El 11 de Enero de 2008, a petición de la adjudicataria con la finalidad de poder dar cumplimiento a los posibles cambios que resultasen del modificado, se concedió una prórroga, sin penalización, para la ejecución de los trabajos, fijándose como fecha de terminación el 30 de Abril de 2008. El 24 de Abril de 2008, se concedió, a petición de la contratista, una nueva prórroga sin penalización, fijando como fecha de terminación el 30 de Noviembre de 2008 como consecuencia de la paralización estival y la tramitación del modificado anterior. El 12 de Septiembre de 2008, la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar aprobó definitivamente el proyecto modificado de referencia, sin aumento del importe del contrato. El 16 de Diciembre de 2008, a petición de la contratista, se autorizó un nuevo reajuste de anualidades, ampliándose el plazo de ejecución hasta el 28 de Febrero de 2009, como consecuencia de la paralización estival y la tramitación del modificado de referencia. Las obras fueron finalmente terminadas el 30 de Noviembre de 2009, y el Acta de recepción fue levantada el 15 de Febrero de 2010. El 27 de Junio de 2008, la U.T.E., solicitó la aplicación del sistema de revisión de precios con el objeto de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios originados por la demora en el plazo de ejecución, si bien reconoció en su escrito que el P.C.A.P., y la cláusula sexta del contrato señalan la improcedencia de la revisión de precios. El 30 de Septiembre de 2009, el Área de Contratación y Presupuestos del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino contestó la solicitud anterior señalando que no procede la revisión de precios al estar expresamente excluida en la cláusula sexta del contrato y en el P.C.A.P. Sin embargo, y a fin de tramitar el oportuno expediente de indemnización de daños y perjuicios supuestamente causados durante la ejecución del contrato, requirió a la contratista que remitiera la relación cuantificada de los mismos, debidamente justificados, que fueran consecuencia de la paralización de las obras. El 22 de Diciembre de 2009, el representante de la U.T.E. presentó una reclamación por los daños y perjuicios sufridos en la realización de las obras de referencia. Reclama una indemnización que cuantifica en 736.982,16 € y que desglosa en los siguientes conceptos: Aumento de costes indirectos (gastos de personal Jefe de obra, Gerente, Topógrafo, Administrativo,

consulta se centra en determinar si procede acceder o no a la pretensión de resarcimiento deducida por la contratista por los daños sufridos por la ejecución del contrato de referencia. Entiende al respecto el Consejo de Estado (de acuerdo con el Abogado del Estado, el Consejo de Obras Públicas y la propuesta de resolución) que procede la estimación parcial de la reclamación presentada, a la cual además ha prestado su conformidad la reclamante. De acuerdo con el Art. 102 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la L.C.A.P., "acordada la suspensión, la Administración abonará los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste" (el contratista). En el expediente ha quedado acreditado que las paralizaciones sufridas en la obra no son imputables a la contratista, de modo que se le deben abonar los daños efectivamente sufridos. El Consejo de Estado comparte también el criterio seguido por los órganos pre informantes sobre la improcedencia en el presente expediente de indemnizar los gastos generales al no haberse producido una justificación clara, efectiva y fehaciente de los mismos; y, por tanto, no puede admitirse esta partida de la reclamación, de conformidad con reiterada doctrina del Consejo de Estado (dictámenes 37/2006 y 2.016/2006, entre otros). En consecuencia, el total de la indemnización por los daños y perjuicios causados a la reclamante asciende a la cantidad de 221.390,66 €, cantidad que debe actualizarse en función de la fecha de su reconocimiento mediante la resolución ministerial correspondiente.

Desde el plano jurisprudencial, en relación con la aplicación del Art.102 T.R.L.C.A.P., hay que citar un caso de 2008⁵³⁷. En el único motivo de casación la parte

Capataz, Encargado, Peón Topografía, Vigilante, oficina y vestuarios) 163.875,24 € Trabajos debidos a paralizaciones (reposición canalización de alumbrado en pasarela, lijado de vigas de la pasarela quitando graffiti, mantenimiento de la pasarela, vigilancia noche de San Juan, almacenamiento postas sanitarias y repastos y transporte postas sanitarias de almacén a obra) 35.554,19 € Incremento de costes directos (que incluye los mayores costes de ejecución por el aumento del plazo) 143.040,19 € Costes de financiación (hasta 30.11.2009) 13.817,03 € Gastos generales (valorados según el Anexo al Acta del Pleno del Consejo de Obras Públicas de 12 de Junio de 2003) 380.695,50 € Total 736.982,16 €. Señala que durante las suspensiones temporales fue necesario realizar labores de mantenimiento y de seguridad. El 22 de Marzo de 2010, emitió informe el Director de las obras. Analiza las partidas indemnizatorias siguiendo los mismos apartados referidos por la contratista, señalando los extremos que considera o no justificados, valorando los daños en 395.586,04 € según el siguiente detalle: Aumento de costes indirectos 96.198,90 € Trabajos debidos a paralizaciones 18.440,00 € Incremento de costes directos 100.235,05 € Costes de financiación (hasta 30.11.2009) 6.516,71 € Gastos generales 174.195,38 € Total 395.586,04 €. El 16 de Abril de 2010, el Área de Contratación y Presupuestos requirió a la parte reclamante para que aportase diversa documentación complementaria señalada por el Director de las obras para continuar la tramitación del presente expediente. El contratista aportó la documentación anterior el 20 de Mayo de 2010, y adjuntó una nueva valoración por importe total de 1.259.600,74 €, incremento debido a un aumento de la partida de gastos generales. La propuesta de resolución, de 8 de Febrero de 2010, propone estimar parcialmente la reclamación, fijando la indemnización en 221.390,66 €. La propuesta sigue los razonamientos expuestos en el informe del Director de las obras, salvo en lo que se refería a los gastos generales, sobre los que señala que no están debidamente justificados. Concedida audiencia a la reclamante en fecha 29 de Junio de 2010, esta mostró su conformidad con la cantidad recogida en la propuesta de resolución. El Consejo de Obras Públicas, en su informe de 20 de Enero de 2011, propuso la estimación en parte de la reclamación reconociendo el derecho de la reclamante a ser indemnizada con la cantidad de 221.390,66 €, debidamente actualizada.

⁵³⁷ Ver S.T.S., de 2 de Abril de 2008, N° de Recurso: 3157/2005, Ponente: D. ANTONIO MARTÍ GARCÍA. Por escrito de 7 de Octubre de 2003, la entidad Vías y Construcciones S.A., interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo de 9 de Abril de 2003, que desestima la petición de abono de los daños y perjuicios derivados

recurrente al amparo del Art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable. Y desarrolla el

de la suspensión del contrato " nueva tubería de abastecimiento de aguas en el Plan Asón Tramo Limpias-Colindres" y la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la anterior, y tras los trámites pertinentes el citado recurso contencioso administrativo, terminó por Sentencia de 25 de Febrero de 2005, estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A. contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo de fecha 9 de Abril de 2003, por la que se desestima la solicitud de la parte recurrente de abono de los daños y perjuicios derivados de la suspensión del contrato "nueva tubería de abastecimiento de agua en el Plan Asón. Tramo Limpias-Colindres" por importe de 695.822,84 €. Que debemos revocar y revocamos parcialmente dicho acto administrativo, declarando el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de las tres suspensiones del contrato de obras, condenando al Gobierno de Cantabria a la apertura de expediente contradictorio en el que se determine el montante de la indemnización derivada de las mismas. La parte recurrente reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por tres paralizaciones de las obras que provocaron tres ulteriores suspensiones del contrato: a) La que abarca el período de 21 de Diciembre de 2000 a 19 de Enero de 2001, motivada por la falta de disposición de los terrenos al no haberse llevado a cabo todas las expropiaciones que eran necesarias para ejecutar el proyecto; b) La derivada de la actuación del Ayuntamiento de Limpias al haberse visto afectados por las obras bienes de dominio público municipal y que se prolonga desde el día 19 de Junio de 2001 hasta el día 1 de Agosto de 2001; c) La derivada de la orden de suspensión del Delegado de Gobierno, que transcurre desde el 25 de Octubre de 2001 hasta el día 4 de Febrero de 2002, motivada por la instalación de una tubería en zona de dominio público de la carretera, la cual tiene un carácter total, abarcando a la totalidad de las actividades del contratista, frente a las otras dos paralizaciones anteriormente reseñadas, que tienen carácter parcial. Por lo que hace referencia a la indemnización correspondiente a la primera de las suspensiones, al no haberse obtenido los terrenos necesarios por no haberse culminado los procedimientos expropiatorios, la misma fue rechazada por la Administración en su Resolución de 9 de Abril de 2003, precisamente por haber tenido un carácter parcial, no afectando sino a un tramo de la obra que se estaba realizando, continuando los trabajos en el resto de la misma. Dicho planteamiento debe ser rechazado por esta Sala puesto que el Art. 102 del T.R.L.C.A.P., no realiza discriminación alguna por esta causa, ya que el perjuicio se le ha irrogado al contratista lo ha sido con independencia de que la paralización sea total o parcial, puesto que en ambos casos había puesto a disposición de la obra que estaba realizando los recursos materiales y humanos necesarios para llevarla a cabo, los cuales no han sido utilizados. Ello ha generado unos costes de personal, maquinaria, gastos generales y demás que constan en la reclamación, costes que se devengan también en las suspensiones parciales, ya que si bien la totalidad de sus medios personales y materiales no han sido empleados por la paralización de las obras, como acaece en la suspensión total, sí han quedado en situación de pura disponibilidad los que racionalmente hubiera debido utilizar en el tramo suspendido. Por lo tanto, y partiendo de que la suspensión parcial otorga también el derecho a indemnización por daños y perjuicios debemos entrar a valorar si aquélla se ha producido por causa imputable a la Administración por la que deba responder frente al contratista, a lo que debemos dar respuesta positiva, habida cuenta de la jurisprudencia constante en este sentido, indicando que la falta de disponibilidad de los terrenos provocada por no haber completado el procedimiento expropiatorio de los mismos, da lugar a indemnización a favor del contratista. NOVENO: Por lo que hace referencia a la paralización parcial de las obras determinada por la actuación del Ayuntamiento de Limpias y la suspensión total provocada por la orden de la Demarcación de Carreteras, cuya indemnización rechaza la Administración Regional, hemos de indicar que tampoco resulta de recibo la causa en la que la funda, que no es otra que la paralización se debió a la actuación de un tercero y que por tanto no la provocó una actuación negligente de la Administración suficiente para determinar su imputabilidad. En el supuesto de autos la intervención de un tercero, a la sazón el Ayuntamiento de Limpias y la Demarcación de Carreteras, no es ajena a la actuación de la Administración, ya que la misma vino motivada por defectos en el Proyecto que provocaron que las obras afectasen al dominio público municipal y estatal, frente a lo que reaccionaron las Administraciones correspondientes, al ser deficientes sus previsiones en este sentido, conducta que no cabe sino calificar como culpable por parte de la Administración Regional, por lo que los daños derivados de la misma no se enmarcan dentro de los soportables por el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura, debiendo, en consecuencia, ser indemnizados."

motivo en dos apartados: El primero que se corresponde con el 1.1), en el que señala como infringidos los Arts. 98 y 102 del T.R.L.C.A.P. En el que en síntesis alega, a), Que en base a lo dispuesto en el artículo se puede entender que la suspensión que genera el derecho a indemnización de los daños y perjuicios es la suspensión de la totalidad de la obra y no la suspensión parcial que no impide al contratista la continuidad del resto de la obra, por lo que la Sentencia ha infringido tal precepto al declarar que el perjuicio se le ha ocasionado al contratista con independencia de que la paralización sea total o parcial y b), Que en las paralizaciones de las obras como consecuencia de las órdenes de paralización del Ayuntamiento de Limpias y la Delegación del Gobierno en Cantabria no se aprecia la culpabilidad exigida de la Administración demandada. Y en el segundo de los apartados que se corresponde con el señalado como 1.2), se denuncia la infracción de la jurisprudencia. Alegando en síntesis que en las S.S.T.S., de 13 de Abril de 1981 y la de 16 de Mayo de 2000, que recoge doctrina de otras anteriores, se exige la culpabilidad de la Administración en la paralización de las obras para que surja el derecho a la indemnización de daños y perjuicios declarándose expresamente " que si no existe culpabilidad de la Administración toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura que debe excluir los actos de tercero. Y procede rechazar tal motivo de casación al no apreciarse la concurrencia de las infracciones denunciadas. Pues de una parte de la lectura del Art.102 del T.R.L.C.A.P., no se puede inferir que el mismo al decir "si la Administración acordase la suspensión del contrato y que acordada la suspensión la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente causados", se está refiriendo a solo las suspensiones que afecten a la totalidad del contrato y no a la de que afecten a una parte del mismo, pues la generalidad de la expresión suspensión del contrato abona la tesis de que tanto puede referirse a la totalidad como a una parte del contrato, y si el fin del precepto es indemnizar al contratista de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por la suspensión, es claro que se han de entender incluidos los efectivamente causados por la suspensión aunque ésta sea parcial. Y de otra, porque aunque es cierto que la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, exige la concurrencia de la culpabilidad de parte de la Administración contratante para que haya lugar a la indemnización de los perjuicios causados por la suspensión y que excluye el derecho a esa indemnización cuando la causa de la suspensión sea ajena a la Administración y provenga de un tercero, no hay que olvidar que en el supuesto de autos no concurren tales circunstancias cual la Sentencia recurrida declara y valora, pues si bien dos de las tres suspensiones se acordaron por autoridades ajenas a la Administración contratante, no hay que olvidar, que la Sentencia recurrida también valora y declara probado, que esa intervención de terceros Ayuntamientos de Limpias y Demarcación de Carreteras no es ajena a la actuación de la Administración ya que la misma vino motivada por defectos en el Proyecto que provocaron que las obras afectasen al dominio público municipal y estatal, y por tanto no es aplicable al supuesto de autos la doctrina del T.S., que la parte recurrente invoca pues se trata de supuestos de hecho distintos. Sin olvidar que también la Sentencia recurrida declara expresamente por las razones que expone la culpabilidad de la Administración Regional y esta Sala en casación ha de partir de esa valoración de la Sentencia recurrida a no ser que se hubiese alegado y acreditado la infracción de las normas sobre la valoración de la prueba en los supuestos tasados que esta Sala ha admitido, de acuerdo con las Sentencias de 3 de Julio de 2007, recurso nº 3865/2003 y 26 de Septiembre de 2007, recurso nº 9742/2003, y ello ni siquiera se ha intentado.

Posteriormente hay que citar un Dictamen de 2011⁵³⁸. Expone el Consejo de Estado que en cuanto al fondo de la cuestión planteada, la consulta se centra en determinar si

⁵³⁸Ver Dictamen del Consejo de Estado de 2 de Junio de 2011. Número de expediente: 656/2011 (MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO). Referencia: 656/2011. Asunto: Indemnización por daños y perjuicios causados durante la ejecución del contrato "Rehabilitación del Frente Litoral de Almazora (Castellón)", presentada por una U.T.E. El presupuesto de adjudicación fue de 6.342.867,60 €, con un coeficiente de adjudicación de 0,744400 € y un plazo de ejecución de 7 meses. La cláusula sexta del contrato señala que no procede la revisión de precios. Las obras consistían en la prolongación de dos diques perpendiculares a la costa, construidos en su día por la Autoridad Portuaria de Castellón, la construcción de uno nuevo y, finalmente, la regeneración de la playa mediante aportaciones de arena y grava, todo ello en el frente marítimo del término municipal de Almazora (Castellón). El 14 de Marzo de 2006 se concedió, a petición de la U.T.E., una prórroga en la finalización de los trabajos, sin penalización, de 6 meses y 29 días, fijándose como nueva fecha de terminación el 26 de Diciembre de 2006. El motivo de la misma fue la realización de la prospección arqueológica del yacimiento romano "Ben-Afelí" y la protección de las comunidades biológicas en los meses de Marzo a Julio, así como la paralización en los meses de verano por motivos turísticos. El 29 de Noviembre de 2006, se concedió, nuevamente a petición de la U.T.E., una segunda prórroga, sin penalización, de dos meses, fijándose como nueva fecha de terminación el 26 de Febrero de 2007. El motivo de la misma fueron los retrasos de los trabajos en la cantera debidos a motivos climatológicos, lo que supuso una demora en la puesta en obra de la arena. El 1 de Febrero de 2007, se concedió, también a petición de la U.T.E., una tercera prórroga, sin penalización, de 4 meses, fijándose como nueva fecha de finalización la de 26 de Junio de 2007. La misma obedecía a los fuertes temporales acaecidos en la zona que habían obligado a la paralización de las obras. El 26 de Marzo de 2007, fue aprobado técnicamente el "Proyecto Modificado Nº 1. Rehabilitación del frente litoral de Almazora", suponiendo un importe adicional de 633.547,99 € (representando un aumento del 9,99% del total del contrato). Las modificaciones introducidas consistían en la supresión de la totalidad de los elementos prefabricados en la Playa de Ben-Afelí, la modificación de la tipología de los materiales y el cribado de grava de la playa para relleno de la misma. El 18 de Junio de 2007, se concedió, igualmente a petición de la U.T.E., una cuarta prórroga de 4 meses, sin penalización, fijándose como nueva fecha de terminación el 26 de Septiembre de 2007. La prórroga fue debida a los fuertes temporales y precipitaciones que habían obligado, una vez más, a la paralización de las obras. El 24 de Septiembre de 2007, se acordó la suspensión temporal total de las obras, por estar en su tramitación final el expediente de modificación del contrato motivado por la aprobación del nuevo proyecto técnico. El 28 de Diciembre de 2007, se aprobó económicamente la modificación del contrato y se autorizó la continuación de las obras, reajustándose las anualidades, con lo que la duración total de las obras pasaba a ser de 26 meses. El 28 de Abril de 2008 se firmó la modificación del contrato, cuya cláusula sexta señala la improcedencia de la revisión de precios. Las obras fueron terminadas el 13 de Agosto de 2008 y el Acta de recepción fue levantada el 16 de Octubre de 2008. El 27 de Noviembre de 2009, la U.T.E., solicitó que se le abonase una cantidad de 842.072,51 € como revisión de precios que, a su juicio, le correspondía, con base en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El 11 de Febrero de 2010, el Área de Contratación y Presupuestos del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino contestó la solicitud anterior, señalando que no procedía la revisión de precios al estar expresamente excluida en la cláusula sexta del contrato y en el apartado 12 del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Sin embargo, y a fin de tramitar el oportuno expediente de indemnización de daños y perjuicios supuestamente causados durante la ejecución del contrato, requirió al contratista que remitiera la relación cuantificada de los mismos, debidamente justificados, que sean consecuencia de la paralización de las obras. El 16 de Marzo de 2010, el representante de la U.T.E., presentó una reclamación por los daños y perjuicios sufridos en la realización de las obras de referencia. En ella se refería nuevamente a la revisión de precios y ad cautelam esperando que le fuese comunicada una resolución oficial y mantenía la petición de 842.072,51 €. Respecto de la indemnización de daños y perjuicios, manifestaba que se le habían originado unos incrementos de costes indirectos y de gastos generales debidos a la suspensión temporal total producida desde el 24 de Septiembre al 12 de Mayo de 2009, a lo que había que añadir las prórrogas acaecidas a lo largo de las obras. Indicaba que la obra debería haber finalizado el 26 de Mayo de 2006, pero fue recibida el 16 de Octubre de 2008, con un incremento de 28,67 meses sobre lo previsto. De estos meses, 7,6 correspondían a la suspensión temporal total; y tres, a la ampliación del plazo del proyecto modificado, por lo que durante 18,07 meses se había estado ejecutando la obra muy por debajo de los rendimientos previstos, y durante 21,07 meses (28,67-

procede acceder o no a la pretensión de resarcimiento deducida por el contratista por los daños sufridos por la suspensión del contrato de referencia. La reclamación plantea dos partidas sustancialmente diferenciadas: la revisión de precios y la indemnización de los daños y perjuicios presuntamente sufridos. En efecto, este Alto Cuerpo Consultivo rechaza como criterio el de la aplicación de un porcentaje que supla la actividad, exigida como carga general al contratista, de acreditar el daño efectivamente sufrido. Ello es así porque los principios generales que rigen la indemnización de daños contractuales exigen que la misma sea individualizada (para el reclamante) y singularizada (para el contrato y su patología); por lo que los daños alegados deben ser justificados, bien mediante una valoración interna, bien mediante estudio externo por empresa especializada. Por lo que se refiere a la pretensión indemnizatoria de daños concretos que se han alegado, debe ser íntegramente desestimada, criterio seguido por todos los órganos pre informantes, al no resultar probados por el reclamante los presuntos daños sufridos. Así, en relación con los costes indirectos, la mayor parte son gastos de personal, si bien de la documentación presentada resulta imposible deducir dicha cantidad, ya que la mayoría de las nóminas aportadas no se corresponden con los períodos de suspensión. Por lo que se refiere a los gastos generales y al beneficio industrial dejado de percibir, éstos se han obtenido mediante porcentajes, sin un solo documento que los sustente, por lo que tampoco pueden ser considerados, en consonancia con reiterada doctrina del Consejo de Estado. Así, y de acuerdo con el criterio expuesto por este Consejo en sus dictámenes 37 y 2.016 de 2006, tales gastos pueden y deben ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material, puesto que la Ley es tajante al exigir que se trate de daños. Todo ello determina, pues, que no se debe estimar la presente reclamación. Ya en 2012 podemos referirnos a dos Sentencias.

7,60) hubo una pérdida de beneficio industrial por parte de la empresa, ya que siguió empleando los mismos medios durante un tiempo mucho mayor. Señala como partidas a indemnizar las siguientes: Incremento de costes indirectos: 223.839,98 € Incremento de gastos generales: 1.289.751,75 € Pérdida de beneficio industrial: 595.270,05 € Total: 2.108.861,78 € La cuantía total de la reclamación, tras la suma de las partidas de la revisión de precios e indemnización por daños y perjuicios, ascendía a 2.969.298,14 €. El 28 de Junio de 2010, emitió informe el Director de las obras. En cuanto a la revisión de precios, señala que al formalizar el contrato se estipula que no hay derecho a revisión de precios. Respecto a la reclamación por daños y perjuicios, indica que las ampliaciones de plazo se tramitan a propuesta del contratista. Aunque las causas no son imputables a éste se tramitan con su conformidad, por lo que la alegación, una vez finalizadas las obras, de haber sufrido daños y perjuicios por dichas ampliaciones resulta extemporánea. En lo que se refiere a la suspensión de las obras, ésta fue total, por lo que no cabe imputar en este periodo gastos generales ni indirectos a las obras, puesto que no se le impusieron al contratista obligaciones de mantenimiento de personal o maquinaria durante el periodo de suspensión. Respecto a la reclamación de daños y perjuicios, estos no se acreditan con suficiencia, ni tampoco las circunstancias de su causación, ni la efectividad de los mismos, ni que -de haberse verificado en la forma expuesta por el contratista- no hubieran de ser comprendidos o absorbidos por otras partidas que ya le han sido oportunamente abonadas. El Consejo de Obras Públicas, en su informe de 16 de Diciembre de 2010, propuso la desestimación de la reclamación. Indica que el contratista, con la metodología empleada y la documentación presentada, no ha conseguido probar que las cantidades reclamadas hayan sido realmente soportadas por él. Destaca también que se está ante una obra acabada y resulta anómalo que la empresa contratista no exponga con claridad los costes que ha tenido a lo largo de la misma; es decir, número de personas destinadas en ella y sus costes totales, maquinaria destinada a la obra y diferencia de los precios de los materiales que en su día podría haber abonado y los que, por culpa de los retrasos, tuvo que abonar.

Un primer caso de Febrero de 2012⁵³⁹. La Sentencia recurrida en la actual casación desestimó el recurso contencioso-administrativo: "... Entrando a conocer el

⁵³⁹ Ver S.T.S., de 29 de Febrero de 2012, Nº de Recurso: 1971/2008, Ponente: D. NICOLÁS ANTONIO MAURANDI GUILLÉN. El 19 de Septiembre de 2001, la AGENCIA ESTATAL PARA LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT) adjudicó a la Unión Temporal de Empresas constituida por las mercantiles MANTENIMIENTOS Y CONSTRUCCIONES ALCUBA S.A y ADRA EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. el contrato de la obras de construcción del nuevo edificio de dicha Agencia en Fuenlabrada por un importe de 2.911.141,32 €. El contrato se formalizó el 26 de Noviembre de 2001 y las obras se iniciaron el 4 de Diciembre de 2001. Una vez iniciadas las obras y ejecutada la excavación del solar, la Dirección Facultativa constató la necesidad de un nuevo estudio geotécnico debido a este hecho: la proximidad de las obras del túnel y estación de METROSUR, próximas al solar excavado, y la conveniencia de comprobar si la ejecución de estas últimas obras habían alterado las condiciones de resistencia del terreno que sirvió de base para el cálculo y diseño de la cimentación y estructura del edificio. El nuevo Estudio Geotécnico de 8 de Febrero de 2002, realizado dio como resultado una disminución sustancial de la tensión admisible en el terreno y unos valores de resistencia inferiores a los inicialmente previstos, y la inviabilidad, por ello, de la ejecución de la cimentación tal y como figuraba en el proyecto inicial. El 31 de Enero de 2002, (unos días antes de ese nuevo Estudio Geotécnico), a la vista de los datos ya conocidos y del peligro de derrumbe, se formalizó el acta de suspensión de las obras hasta la redacción del Proyecto Modificado que recogiera el cálculo y la definición de la nueva cimentación de acuerdo con los nuevos parámetros de resistencia del terreno obtenidos. El 20 de Febrero de 2002 se acordaron, con la declaración de actuaciones de emergencia, unas medidas de seguridad dirigidas a impedir el acceso de terceros a las obras y a la protección de los taludes de la excavación, consistentes en sustituir el vallado original por otro más consistente y en el gunitado de los taludes para evitar su desprendimiento; obras valoradas en 127.065 € que se encargaron a la U.T.E., ALCUBA-ADRA. El 18 de Marzo de 2002, el órgano de contratación autorizó la redacción del proyecto modificado; y el proyecto redactado fue aprobado el 25 de Septiembre de 2002. El contrato de modificado fue firmado el 29 de Noviembre de 2002, y en él se estipuló lo siguiente: que el incremento de precio como consecuencia de las modificaciones incluidas quedaba establecido en la cantidad de 202.306,77 €, ascendiendo el importe total de las obras a la cantidad de 3.113.448,09 €; y que el plazo de las obras para el Proyecto Modificado suponía un aumento de un mes sobre el plazo inicial, resultando un total de 16 meses. La obra se reanudó el 26 de Diciembre de 2002. El 24 de Septiembre de 2003, la Dirección General de la A.E.A.T., solicitó de la COMUNIDAD DE MADRID una indemnización de daños y perjuicios en importe de 329.328,7€ por responsabilidad extracontractual de dicha Administración autonómica. El básico alegato de hecho invocado como fundamento de esta reclamación fue el daño producido como consecuencia de las obras de METROSUR; consistente en la pérdida de tensión del terreno donde debía construirse el edificio de la A.E.A.T., de Fuenlabrada y en la paralela necesidad de realizar las dos actuaciones antes mencionadas: las medidas de emergencia (vallado del solar más gunitado y bulonado de los taludes) y la aprobación de un proyecto modificado. Se aducía también que esos perjuicios económicos se podrían ver incrementados por la indemnización a abonar al contratista si este reclamara los daños y perjuicios ocasionados por la paralización de la obra. La Orden del 31 de Mayo de 2005, COMUNIDAD DE MADRID desestimó por extemporánea la anterior reclamación. No obstante lo anterior, en sus "Fundamentos de Derecho" se razonó también que los eventuales daños alegados tampoco serían imputables a la COMUNIDAD DE MADRID; y se señaló a este respecto que la construcción y el trazado de METROSUR estaba prevista y era conocida antes de la elaboración del proyecto de las instalaciones de la Agencia Tributaria (porque en Septiembre de 1999, fue sometido a información pública), añadiéndose que, por tanto, cuando el 3 de mayo de 2000, se comenzó la redacción del proyecto de esas instalaciones ya se tenía conocimiento de que se iban a ejecutar las obras del Metro y cuál iba a ser su trazado. El 30 de Junio de 2005, el Servicio Jurídico de la A.E.A.T., emitió un informe contrario a impugnar la anterior Orden de 13 de mayo de 2005, basándose precisamente en que ese conocimiento anterior de las obras de METRO SUR por parte de la A.E.A.T., ofrecían muy pocas posibilidades de prosperabilidad a un recurso contencioso-administrativo, y manifestando que en este mismo sentido ya se había pronunciado el informe emitido el 15 de Septiembre de 2003. El 14 de Septiembre de 2004, la U.T.E., MANTENIMIENTOS Y CONSTRUCCIONES ALCUBA S.A y ADRA EMPRESA CONSTRUCTORA S.A solicitó el pago de 231.449,81 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por la paralización de las obras del nuevo edificio de la A.E.A.T., en Fuenlabrada; y acompañó a su reclamación una valoración económica de dicha paralización en la que se detallaban las distintas partidas o conceptos que englobaba

fondo del asunto, resulta acreditado en los autos, y así aparece en el expediente administrativo, que tuvo lugar una suspensión de la obra iniciada el día 4 de Diciembre de 2001, en principio para analizar las posibles consecuencias del paso de la tuneladora del Metro de forma tangente al solar sobre el que iba a erigirse la nueva Administración de la A.E.A.T., en Fuenlabrada. Comprobada la necesidad de tomar medidas para hacer frente a una posible disminución sustancial de la capacidad de carga del terreno respecto al que poseía en la fecha de licitación de las obras, se redactó un proyecto modificado con un presupuesto de 202.306,77 €. Igualmente se abonó un importe de 127.021,93 € para el vallado, gunitado y bollonado de los taludes para evitar su deslizamiento. La pretensión actora no puede prosperar: no existe un incumplimiento culposo de la Administración que justifique la indemnización pretendida. Como resulta de los antecedentes aceptados por ambas partes, tuvo lugar una modificación del contrato, aceptada por ambas partes, según lo dispuesto en el Art.146.2 de la L.C.A.P. La empresa hoy actora, cuando tuvo lugar la paralización de las obras, pretendió la resolución del contrato con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, que le fue denegada. Consintió dicha resolución administrativa y suscribió la modificación del contrato, que supuso para la A.E.A.T., un desembolso extra, como resulta entre otros documentos, de los relativos a la propia solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada por esta, reclamando dichos importes a la Comunidad de Madrid. Finalmente, aún si hubiese sido jurídicamente procedente la condena a la

ese importe total reclamado. La resolución de 14 de Septiembre de 2004, de la A.E.A.T., denegó la solicitud anterior, y el argumento principal para justificar esta decisión fue éste: "en el espacio resultante entre la falta de imputabilidad de la A.E.A.T., y la no culpabilidad de la suspensión del contratista, no rige sino el principio de riesgo y ventura de cualquier negocio jurídica de carácter contractual, lo que sin duda reduce la posibilidad indemnizatoria a favor de cualquiera de las partes". El proceso de instancia fue iniciado por CONSTRUCCIONES ALCUBA S.A mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de 14 de Septiembre de 2004 de la A.E.A.T., que acaba de mencionarse. La demanda luego formalizada [por segunda vez, tras completarse el expediente inicialmente remitido] reclamó la nulidad de la resolución impugnada y el reconocimiento a la actora del derecho a ser indemnizada en los daños y perjuicios derivados de la paralización de la obra durante el periodo comprendido entre el 31 de Enero y el 26 de Diciembre de 2002 (esta última fecha es a la que ha de estarse, pues en ella sitúa el hecho octavo de la demanda la reanudación de la obra); y este reconocimiento se postuló bajo cualquiera de estas dos formas alternativas: remitiendo la determinación del importe de los daños y perjuicios de ejecución de Sentencia; o fijando en la propia Sentencia el importe de 231.449,81 € ya reclamado en la vía administrativa, y adicionando al mismo los intereses legales. Esa demanda, para apoyar la pretensión en ella ejercitada, incluyó un relato de "HECHOS" que en lo esencial es coincidente con los anteriores datos y antecedentes que han sido expuestos. Luego, en sus "fundamentos de derecho" dedicados al fondo del asunto, lo que principalmente argumentó fue que la paralización de la obras fue imputable exclusivamente a la Administración por no haber previsto debidamente en el proyecto inicial, pese a conocer su existencia, así como que la ejecución de la construcción de la estación y el túnel de la obra de METROSUR afectarían al estado del subsuelo de los terrenos en los que se debía haber construido el nuevo edificio de la A.E.A.T., de Fuenlabrada; y, sobre esa base, se defendió la obligación de la Administración de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratista por la paralización, citando varias SS.T.S.J., que así lo habían reconocido en situaciones similares por aplicación de lo establecido en los Art. 49 L.C.E. y 148 de su Reglamento de 1975, y 103.2 de la Ley 13/1995, L.C.A.P. El Abogado del Estado, defendió la desestimación del recurso contencioso-administrativo invocando estas principales razones: que la reclamación indemnizatoria estaba ya decidida por la resolución administrativa firme que había denegado la solicitud de la recurrente de resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios; que la voluntad real del contratista había sido no reanudar las obras ni ejecutar el contrato, por no antojársele ya muy venturoso en cuanto al beneficio real obtener; y que era aplicable al caso el Art. 149 del T.R.L.C.A.P., y faltaba por completo la suspensión por el periodo establecido en ese precepto.

Administración al pago de la indemnización, no se ha acreditado la realidad de los daños reclamados, como resulta de forma clara del informe pericial practicado ante esta Sala: "no existe documento justificativo alguno que acredite la procedencia y veracidad de los costes reclamados (recibos, facturas, contratos, etc.)... Se puede indicar por tanto que la valoración económica efectuada por el adjudicatario no está justificada independientemente de que las cantidades reclamadas puedan resultar o no adecuadas".

Se censura a la Sentencia recurrida porque no ha reconocido que la paralización litigiosa fue sólo imputable a la Administración y, pese a ello, esta no accedió a la indemnización que le había sido reclamada al amparo de lo establecido en el Art. 102 del T.R.L.C.A.P. Y para sostenerlos se denuncia la infracción, entre otros preceptos, de dicho Art. 102 del T.R.L.C.A.P.

Se explica por el T.S., que la incongruencia denunciada ya debe decirse que merece ser acogida porque, como resulta de la reseña que antes se hizo del proceso de instancia, la demanda invocó las concretas razones por las que la paralización litigiosa debía considerarse imputable sólo a la Administración y, pese a ello, la Sentencia recurrida ha guardado silencio sobre esta concreta cuestión. Lo anterior es bastante para anular la Sentencia recurrida y para que este T.S., enjuicie la controversia de instancia en los términos en que ha quedado delimitada en el actual recurso de casación [Art. 95.2.c.d. L.J.C.A.]; y ello a lo que conduce a estimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en la demanda de instancia por las razones y en los términos que seguidamente se expresan. Lo primero que debe señalarse es que las actuaciones ofrecen datos, algunos procedentes de la propia Administración demandada, que ponen de manifiesto que la paralización litigiosa fue imputable exclusivamente a dicha Administración contratante y totalmente ajena al contratista. La resolución de 14 de Septiembre de la A.E.A.T., que denegó la indemnización litigiosa ya reconoce que la paralización fue debida a la alteración de las condiciones del terreno que produjeron las obras de la estación y túnel de METROSUR; que este hecho nuevo motivó un segundo estudio geotécnico; y que el resultado de este fue lo que motivó la redacción del Proyecto Modificado que recogiera el cálculo y la definición de la nueva cimentación de acuerdo con los últimos parámetros del terreno obtenidos. Lo que antecede descarta que al contratista le pueda incumbir cualquier clase de culpa o responsabilidad en esa paralización, pero, además, hay otros datos que revelan que la A.E.A.T., no fue ajena a esa paralización. Se trata, por un lado, de la Orden de 31 de Mayo de 2005, de la Comunidad de Madrid que se mencionó en el relato del primer fundamento, que, como ya se dijo, hace constar que la construcción y el trazado de METROSUR estaban previstos y eran conocidos con anterioridad a la elaboración del proyecto del edificio de la A.E.A.T., de Fuenlabrada porque su exposición pública tuvo lugar en Septiembre de 1999; y de otro lado, de esos Informes del Servicio Jurídico de la A.E.A.T., de 15 de Septiembre de 2003 y 30 de Junio de 2005, que se pronunciaron en el mismo sentido.

Lo segundo a destacar es que, siendo de apreciar, pues, una suspensión de la obra imputable a la Administración, la obligación de esta última de indemnizar los daños y perjuicios causados resulta procedente por aplicación de lo establecido en el Art. 102.2

del T.R.L.C.A.P; y la obligación al pago de intereses legales viene establecida en el Art. 106.2 L.J.C.A.⁵⁴⁰.

Un segundo asunto de 2012⁵⁴¹. O.H.L., ha dirigido cuatro motivos de casación contra esta Sentencia. Todos se apoyan en el Art. 88.1.d de la Ley de la Jurisdicción. Los

⁵⁴⁰ Lo tercero a destacar, en cuanto a los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama, es que la prueba pericial practicada ha demostrado la aptitud de la paralización de la obra para producir los daños singulares o específicos correspondientes a las partidas o conceptos que seguidamente se expresan, así como la siguiente valoración para cada una de ellas: Personal adscrito a la obra y subcontrata de estructura 135.023,07 € Subcontrata de estructura 25.933,65 € Casetas 1.547,67 € Grúa 6.971,48 € Material y maquinaria auxiliar de obra 11.010 € Mobiliario de oficina 348 € Acero ferrallado 15.747,65 € Portes retro 480,80 € Costes ensayos 3.389,67 €. Ello es bastante para dejar acreditado el daño y su cuantificación en la suma total de 200.452,08 € señalada por el perito, pues a este únicamente correspondía pronunciarse, como hizo, sobre la existencia de tal realidad dañosa y sobre su cuantificación, al ser ajeno al objeto de su pericia si existía o no la documentación correspondiente al abono de dichos conceptos (pues el hecho de que todavía los adeudara no privaría a la contratista de su derecho a reclamarlos); y tales extremos justificados por la pericia (la realidad del daño y su valoración), que son los aquí relevantes, no fueron eficazmente rebatidos en las conclusiones formalizadas en la instancia ni lo han sido en la oposición esgrimida en esta fase de casación, pues estos escritos no han cuestionado expresamente dicha cuantía ni esas partidas y conceptos, y tampoco han ofrecido razones para negar valor a esa prueba pericial.

⁵⁴¹ Ver S.T.S., de 16 de Abril de 2012, Nº de Recurso: 28/2009, Ponente: D. PABLO MARÍA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. El recurso de casación interpuesto por la mercantil O.H.L.,S.A., contra la Sentencia dictada el 13 de Octubre de 2008, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, sobre resolución de 8 de Marzo de 2006, de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, por la que se desestima la reclamación por incremento de costes derivados de la demora de ejecución de las obras del "Nuevo Edificio de Juzgados de Salamanca" por importe de 840.776,05 €. O.H.L., S.A. reclamó al Ministerio de Justicia la cantidad de 840.776,05 € en concepto de indemnización por el retraso que experimentó la ejecución de la obra del "Nuevo Edificio de los Juzgados de Salamanca" que le fue adjudicada en su día. Retrasos que O.H.L. imputaba a la Administración. La subsecretaria, por delegación del ministro, desestimó la reclamación y O.H.L., interpuso contra esa resolución de 8 de Marzo de 2006, el recurso contencioso-administrativo desestimado por la Sentencia cuya casación pretende. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional rechazó las pretensiones de O.H.L. Antes de exponer las razones que le llevaron a ese fallo, recogió los términos en que la demanda planteaba el pleito. En esencia, son los siguientes. El contrato se suscribió el 2 de Agosto de 2001, con un plazo de ejecución de 26 meses y las obras comenzaron el 3 de Septiembre de 2001, por lo que debían terminar el 4 de Noviembre de 2003. O.H.L., sostuvo en la instancia que los retrasos se debieron básicamente a las objeciones que el Ayuntamiento de Salamanca y la Comisión Territorial del Patrimonio Cultural de la Junta de Castilla y León pusieron a su desarrollo con el fin de que se acomodasen a las normas urbanísticas municipales (selección y análisis de los materiales constructivos, modificaciones en las cubiertas del edificio, en la piedra de la fachada, definición de las muestras de zócalos de piedra, rejas y vierteaguas y la malla de acero inoxidable chorreada en frontis de la entrada principal de los Juzgados) y, también, a la nueva redacción de un proyecto reformado que le obligó a pedir varias ampliaciones del plazo de ejecución del proyecto inicial que se extendió en 12 meses. Añadía que, después, un miembro de la Dirección Facultativa solicitó al Ministerio de Justicia la redacción de un proyecto reformado por los imprevistos surgidos para recoger los cambios efectuados en la distribución a petición de la Subdirección de obras, proyecto que finalmente fue aprobado en Junio de 2004 y firmado el 5 de Noviembre de 2004, con un nuevo importe y un plazo de ejecución de 5 meses y una semana. Las obras de este proyecto reformado debían terminar el 11 de Abril de 2005, si bien la empresa se comprometió a finalizarlas todas, las del proyecto inicial y las del reformado, en 2004. Todavía O.H.L., comunicó la necesidad de recoger en un proyecto complementario otras obras encargadas por el Ministerio de Justicia. Ese proyecto se aprobó el 11 de mayo de 2005 y el contrato se suscribió el 31 siguiente. Su plazo de ejecución terminaba en Julio de 2005. El acta de ocupación de las obras se firmó el 8 de Junio de 2005 y la recepción provisional de todas las obras tuvo lugar el 27 de Julio de 2005, por lo que el tiempo de ejecución total de

la obra fue de 47 meses, por tanto, fueron trece meses los que constituyen el retraso por el que O.H.L. sostiene que debe ser indemnizada ya que --sostenía-- se debió a causas ajenas a ella y le supuso un aumento indirecto de costes y gastos generales de la obra, no incluidos en el proyecto inicial ni en los posteriores modificado y complementario y una alteración del equilibrio financiero respecto de las condiciones pactadas. Para O.H.L., la indemnización debía comprender los gastos que tuvo que realizar en ese periodo de demora (entre el 10 de Mayo de 2004 y el 8 de Junio de 2005) por los siguientes conceptos: (a) vigilancia de la obra :135.711,98 €; (b) personal técnico y administrativo inmovilizado o infrutilizado (nóminas y seguridad social): 259.969,59 €; (c) gastos fijos para el mantenimiento y conservación de las obras del edificio (alquileres, electricidad, agua, telefonía, mensajería, oficinas de obra, edificios construidos, impuestos, seguros, avales): 73.851,03 €; (d) gastos generales (en donde incluye el reparto proporcional de las cargas financieras que le corresponde a la delegación de la obra): 371.249,45 €. Frente a la invocación por OHL de la cláusula 19ª del pliego y del Art. 99.1 del T.R.L.C.A.P., por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas --"el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada de acuerdo con lo convenido"--, la Sentencia de la Audiencia Nacional, fundamentó la desestimación de las pretensiones de la recurrente en los argumentos que, seguidamente, reproducimos. "(...) los preceptos invocados por la parte establecen el principio general de cobro por la prestación realizada, en este caso, por la obra realmente practicada de acuerdo al principio pacta sunt servanda, esto es, la obligación de pagar respetando lo pactado y en el caso que nos ocupa las obras realizadas por el contratista (tanto la referida al proyecto principal como a los proyectos reformado y complementario que incluyeron nuevas obras y un nuevo precio) si bien no existe discrepancia en torno al hecho de que las obras inicialmente pactadas y las sucesivas modificaciones fueron abonadas por la Administración. Las modificaciones en la ejecución de la obra que se apartaban del proyecto inicial ya fueron tomadas en consideración, en cuanto a la obra que debía ejecutarse y los materiales que deberían emplearse, en los proyectos posteriores que reformaron y posteriormente complementaron el inicialmente estipulado, y tales modificaciones ya incluyeron un nuevo precio mutuamente estipulado por las partes contratantes. Este es el sentido de tales preceptos y de la jurisprudencia invocada en la demanda para cubrir las obras de carácter accesorio y complementario que no estaban incluidas en el proyecto inicial pero que realmente se realizaron. La parte no reclama por obras necesarias que tuviese que ejecutar y no hayan sido abonadas, sino por los perjuicios sufridos por la empresa, costes directos e indirectos, por la demora en la ejecución de los plazos de la obra por causas no imputables al contratista. A tal efecto, la L.C.A.P., dispone en el Art. 96.2 que: "Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor". En el supuesto que nos ocupa el retraso en la ejecución de las obras no es imputable al contratista, sino a las condiciones que de forma sobrevenida al proyecto inicial de obras fueron imponiendo otras Administraciones Públicas (Autonómica y Local) en el ejercicio de sus respectivas competencias (cultura y urbanismo) y a raíz de estas modificaciones el contratista se vio en la necesidad de solicitar de la Administración contratante sucesivas prórrogas en el plazo de ejecución de la obra que fueron aceptadas y aprobadas por la Administración, y finalmente, en virtud de los cambios operados en los materiales y las obras necesarias determinaron la necesidad de redactar (...) otros dos proyectos que reformaban y completaban el proyecto inicial, modificaciones que fueron libre y mutuamente pactadas entre la Administración y el contratista y en las que se estipuló un nuevo precio y un nuevo plazo de ejecución. Es por ello que en el supuesto que nos ocupa nos encontramos en el caso previsto en el Art. 96, pues por causas ajenas a ambas partes contratantes el contratista solicitó sucesivas prórrogas de ejecución necesarias para poder ejecutar lo pactado y las modificaciones sobrevenidas que le fueron imponiendo otras Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias y el Ministerio de Justicia las aprobó sin que exista previsión legal que establezca la obligación de indemnizar por este retraso mutuamente estipulado por causas ajenas a ambas partes contratantes. La empresa que al ser consciente de la imposibilidad de cumplir con los plazos de ejecución de las obras convenidos inicialmente, solicita la prórroga del mismo debe establecer con los medios de organización a su alcance para acomodar su capacidad organizativa y sus medios a los nuevos plazos de ejecución que solicita, máxime si esta demora no es imputable a la otra parte contratante. Desde el momento en el que solicita y obtiene de la Administración la prórroga del plazo de ejecución asume la obligación de realizar la misma en ese nuevo plazo sin que conste que se acordase, ni se solicitase en ese momento, un nuevo precio, el cual si fue solicitado y pactado cuando fue necesario introducir modificaciones en las obras a realizar y en los materiales a emplear, aprobándose nuevos

resumimos a continuación. (1º) Infracción del Art. 96 en relación con el Art. 98 ambos del T.R.L.C.A.P. Para O.H.L., esta vulneración la origina la Sentencia porque, pese a reconocer que el retraso no se debió a causas que le fueran imputables, de forma incongruente, tras reconocer que los retrasos se produjeron como consecuencia de los cambios requeridos por las distintas Administraciones y sin responsabilidad de la contratista falle en contra de la empresa y diga que la demora no era imputable "a la otra parte contratante". Seguidamente, expone las razones por las que no puede imputarse a OHL la demora, destaca su constante colaboración con la Administración y señala el perjuicio que se le ha causado, así como la circunstancia de que la demandada no negara la existencia del retraso. En esas condiciones, dice el motivo, O.H.L., tenía derecho a reclamar los costes producidos por el alargamiento del plazo y que la aplicación del Art. 98 del T.R.L.C.A.P realizada por la Sentencia, es errada porque el principio de riesgo y ventura del contratista no opera automáticamente sino que está sometido a excepciones. Entre ellas, la que juega en este caso: tal principio no rige cuando "se produce una mayor onerosidad en la ejecución del contrato causada por otra Administración, al contravenir el contrato por actos extracontractuales o por causas objetivas imprevistas". (2º) Infracción del Art. 99 del T.R.L.C.A.P., en relación con su Art. 14.1, así como de la cláusula 19 del pliego y de los Art. 98.2, 101 y 102 de aquella disposición general.

Combate el motivo la afirmación de la Sentencia según la cual se produjo una modificación del contrato y que, conforme al Art. 96.2 del T.R.L.C.A.P., y del principio de riesgo y ventura, procedía la desestimación de las pretensiones de la recurrente. Al entender de O.H.L., no ha tenido en cuenta la Sentencia que el contratista tiene derecho a que se le pague la prestación realmente efectuada, incluidos los incrementos de costes. "Si las obras se han realizado y se ha contribuido a completar el proyecto supliendo sus deficiencias y presentando terminaciones ajustadas a los fines propuestos", dice OHL, "no se puede consentir desequilibrio económico entre los beneficios recibidos por el Ministerio demandado (...) y las cargas sufridas por la otra parte como consecuencia de su real y efectiva ejecución, circunstancias obviadas y no tenidas en cuenta por el juez a quo (...)". Indica, asimismo, que la prerrogativa de la Administración de modificar los contratos lleva consigo la obligación de indemnizar y que la demandada no ha contradicho la valoración de los costes directos e indirectos originados por los retrasos que hizo la recurrente y reitera el motivo. (3º) Infracción del Art. 102.2 del T.R.L.C.A.P

proyectos. La parte invoca varias Sentencias de la Audiencia Nacional (de 10 de Marzo de 2005 y 22 de Febrero de 2002) en las que se indemnizan los costes indirectos de una empresa por la demora en la ejecución de una obra suspendida. Pero lo cierto es que en tales Sentencias se abordan supuestos de suspensión y paralización de la obra, circunstancia que no consta que llegase a producirse en el supuesto que nos ocupa pues la ejecución de la obra siguió su curso, aun con retraso en las fechas de ejecución, sin que en ningún momento, o al menos esto no ha quedado demostrado en este procedimiento, se acordase su suspensión o paralización, por lo que no resulta aplicable el abono de los daños y perjuicios sufridos por la suspensión del contrato, prevista en el Art. 102 de la Ley. Se trata, más bien, de una modificación del contrato, en el extremo relativo al plazo de ejecución del mismo, motivado por necesidades nuevas y causas imprevistas, que no da lugar a indemnización salvo que expresamente así se estipule, de modo que la empresa al solicitar la prórroga del plazo de ejecución sin una contrapartida económica, prórroga que se autoriza expresamente por la Administración contratante, está asumiendo la obligación de ejecutar la obra en el nuevo plazo conforme a las condiciones económicas estipuladas (*pacta sunt servanda*) y sólo cuando solicitó una ampliación y una reforma del contrato con su consiguiente contraprestación económica se modificó el precio inicialmente convenido. Por lo que la ejecución del contrato, incluyendo las prórrogas solicitadas y autorizadas, debe producirse a riesgo y ventura del contratista tal y como dispone el Art. 98 de la L.C.A.P".

en relación con sus Art. 96.2 y 98. Dice O.H.L., que "es obvio por obsceno que no se está ante la aplicación del Art. 102.2" de ese texto normativo "ya que no han existido paralizaciones formales con la suscripción de las pertinentes actas de paralización de las obras, y las posteriores actas de reinicio". No obstante, considera que "no puede ser admitido (...) que por la ausencia de las pertinentes actas de paralización de las obras, que conllevaría el tratamiento por su señoría de manera distinta del caso que nos ocupa, no hayan existido éstas, así como la ralentización de la obra puesta de manifiesto". Y que "la no alegación de un precepto legal (...) no puede penalizar al que sufre el daño, como se pretende por el juez *a quo*". A lo que añade: "Será bueno señalar al juez *ad quem*, que el juez *a quo* se halla constreñido en cuanto a su resolución por lo pedido por las partes (...). De este modo, de un somero vistazo al escrito de contestación a la demanda (...) en modo alguno alega a lo largo del mismo, la necesaria aplicación del Art. 102.2 (...)". Por el contrario, "lo que alega (...) es que el exceso de plazo, se articula a través de la concesión de las prórrogas sucesivas solicitadas por la contratista por causas no imputables a ésta". De ahí que la aplicación del Art. 102.2 habría debido ser en beneficio de O.H.L., que es quien sufrió el alargamiento del plazo por causas que no le eran imputables. Insiste el motivo en que no se les puede poner en el mismo plano a la contratista y a la Administración y reitera que el juez *a quo* cae en la incongruencia de decir que la razón del retraso no era imputable al contratista pero tampoco a la Administración demandada. Completa los argumentos precedentes con la invocación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, en este caso de la Administración, de confirmarse la Sentencia impugnada. (4º) Infracción del Art. 99.4 del T.R.L.C.A.P., precepto aplicable al pago de los intereses.

El Abogado del Estado se ha opuesto a los anteriores motivos. Del primero dice que se limita a repetir las razones que ya se expusieron en la instancia, por la que ve en el interposición un nuevo escrito de demanda. Además, considera que O.H.L., pretende, en realidad, una nueva valoración de la prueba sin que la realizada por la Sala de la Audiencia Nacional sea irracional, ilógica o desproporcionada. Por todo ello, entiende que el recurso de casación, en tanto cae en lo uno y en lo otro, debe ser inadmitido. En todo caso, lo tiene por infundado pues la Sentencia razona adecuadamente la desestimación del recurso contencioso-administrativo. A propósito del segundo motivo se remite el Abogado del Estado a sus consideraciones precedentes e insiste en que del expediente se desprende sin dificultad que el retraso no se debió a causas imputables a la Administración contratante. Al tercero opone que es manifiesto que la Administración se limitó a conceder las demoras solicitadas por OHL sin que ésta argumentara en el sentido que ahora defiende ni se acogiera al Art. 102.2 citado. No hubo, resalta, suspensión achacable a la Administración y se pactó la nueva fecha de entrega de las obras sin que fuera objetada por el contratista. Al cuarto motivo, opone que a través del mismo, se pretenda un beneficio improcedente.

El recurso de casación no puede prosperar ya que la Sentencia de la Audiencia Nacional no ha incurrido en las infracciones que le imputan los motivos que acabamos de resumir y sobre los que nos pronunciaremos conjuntamente dada la interrelación existente entre ellos. En realidad, aunque ahora los exponga como crítica al fallo y a los fundamentos que le han conducido a él, es cierto que O.H.L., viene a reiterar los argumentos hechos valer en la instancia y cuestiona el juicio alcanzado en la misma. Y si, por la forma en que los articula no merecen ser considerados inadmisibles, tal como

sostiene el Abogado del Estado, sin embargo no desvirtúan las apreciaciones y los razonamientos de la Sentencia. En efecto, el principal es el que apunta a la aceptación sin reservas de ninguna clase por parte de O.H.L., de las modificaciones al proyecto inicial y de las nuevas fechas de terminación y su actitud de limitarse a solicitar prórrogas para terminar los trabajos. En este contexto, habiendo sido retribuidos todos los que llevó a cabo conforme a lo convenido, no puede reprocharse a la Sentencia que desestimara las pretensiones resarcitorias de la recurrente. No se trata, por tanto, de que por meras consideraciones formales no acogiera la Audiencia Nacional la demanda sino de que hizo valer una razón sustantiva: el acuerdo establecido entre la Administración y O.H.L., para ejecutar la obra con sus distintas modificaciones para las que se pactaron precios y plazos. De ahí que no se planteara una cuestión de responsabilidad por la demora, sino que atendiera a la manera en que las partes del contrato afrontaron las circunstancias ya fueran estas las derivadas de los requerimientos municipales o autonómicos, ya fueran las relativas a los cambios queridos por el Ministerio de Justicia.

Es decir, a los sucesivos acuerdos entre el Ministerio y O.H.L., sobre los proyectos reformados y complementarios que comprendían la retribución de las nuevas tareas y del tiempo necesario para efectuarlas. En consecuencia, ni dejó de cobrar la contratista por el trabajo efectivamente ejecutado, ni se infringió el principio de riesgo y ventura y tampoco ha habido enriquecimiento injusto de la Administración. La Sentencia se ha limitado a estar a lo convenido. Por eso, esgrime el principio *pacta sunt servanda*. En este sentido, llama la atención que en el extenso escrito de interposición no se niegue la aceptación sin condiciones por O.H.L., de tales proyectos. Por lo demás, no podemos dejar de poner de manifiesto que la Sala ha conocido con anterioridad otros dos recursos de casación de O.H.L., contra otras tantas Sentencias de la Audiencia Nacional que, si bien a propósito de obras diferentes a las que han dado lugar al presente y con la invocación de preceptos de la precedente legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas pero de contenido coincidente con el de los que ahora ha invocado, también rechazaron pretensiones semejantes a las que ha hecho valer en este caso con los mismos argumentos que hemos visto. Son las que hemos dictado en este año de 2012 el 15 de Febrero (casación 1419/2009) y el 21 de Marzo (casación 642/2009) y en ellas confirmamos los pronunciamientos desestimatorios de la Sala de instancia que tienen, en lo que ahora importa, el mismo fundamento que la aquí impugnada.

Un último caso de Septiembre de 2012⁵⁴² que trata sobre la reclamación económica formulada por la misma, en virtud del retraso ocasionado en la ejecución de la obra,

⁵⁴² Ver S.T.S., de 13 de Septiembre de 2012, Nº de Recurso: 2105/2008, Ponente: D. VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS. La Secretaría de Estado de Aguas y Costas del Ministerio de Medio Ambiente, por resolución del 13 de Diciembre de 2000, adjudicó a la empresa Constructora Hispánica, S.A. el contrato para la ejecución de las obras del "Proyecto Básico General de nuevo centro parroquial de Nuestra Señora de la Asunción de El Atance, en el Polígono de "Aguas Vivas" y el Proyecto de ejecución de la fase 1 y adenda del centro parroquial (Guadalajara)"; su importe era de 354.681.245 ptas. (2.131.677,21 €), el plazo de ejecución de 18 meses y tenía derecho a revisión de precios (fórmula tipo nº 16 de las aprobadas). Las obras fueron licitadas el 19 de Octubre de 2000, por el procedimiento de subasta, por un presupuesto base de 389.246.322 ptas. (2.339.417,51 €) y el indicado plazo de ejecución. El coeficiente de adjudicación resultante fue de 0,91119999. El proyecto, cuya redacción autorizó la entonces Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas el 10 de Febrero de 2000, venía motivado por la resolución de la Dirección General de Ordenación y Coordinación Ambiental de 11 de Junio de 1991, por

pues si bien la duración de la obra proyectada estaba prevista inicialmente en el contrato que se ejecutaría en 18 meses, lo cierto es que la obra, finalmente, se ejecutó con más de 16 meses de retraso sobre la inicialmente prevista. Concretamente el cálculo económico de los daños que realiza la parte recurrente se ciñe, en el desglose general de los mismos, al Incremento de Costes Directos, Incremento de Costes Indirectos, Incremento

la que se hizo pública la Declaración de Impacto Ambiental sobre el proyecto del Embalse de El Atance, en el río Salado (Guadalajara). Dicha D.I.A. en su apartado 7, decía textualmente: "Se redactará un proyecto de traslado de la Iglesia de Nuestra Señora de la Asunción y de las dos fuentes del Siglo XIX, situadas a la entrada y en la plaza de El Atance". Este era, en síntesis, el objeto de las obras contratadas, que comprendía el desmontaje de la Iglesia del pueblo de El Atance, su traslado a una parcela del polígono "Aguas Vivas" de Guadalajara así como el de otros elementos arquitectónicos y la construcción de un nuevo edificio para centro parroquial. El correspondiente contrato se formalizó el 21 de Diciembre de 2000 y el Acta de Comprobación del Replanteo se suscribió el día siguiente, sin reservas por parte del adjudicatario, por lo que el Ingeniero Director de las obras autorizó la "iniciación de las mismas empezándose a contar el plazo de ejecución a partir del día siguiente al de la firma del presente documento". 4º.- Iniciados los trabajos, por escritos de escritos de 29 de Marzo de 2001 y 21 de mayo de 2001, dirigidos por contratista a la Dirección de obra, se denunciaban carencias en el proyecto constructivo que repercutían en el ritmo de ejecución y encarecían las obras. El 28 de Septiembre de 2001, el contratista solicitó una prórroga del plazo de ejecución de seis meses, justificándola en que las continuas lluvias en los anteriores invierno y primavera habían retrasado los trabajos. A la vez solicitó un reajuste de anualidades acorde con un nuevo programa de trabajo que proponía y que la Dirección General concedió, sin penalidad, el 15 de Octubre de 2001. La Dirección General autorizó el 8 de Octubre de 2001, la redacción de un proyecto modificado nº 1, a instancia del contratista, que conllevó la Suspensión Temporal Parcial de las obras afectadas. A tal efecto se extendió un Acta el 12 de Noviembre de 2001. Realizadas las obras que no habían sido suspendidas y ante la imposibilidad de seguir ejecutando el proyecto, la Administración decretó la suspensión temporal total de los trabajos, suscribiendo la correspondiente Acta con fecha 12 de Abril de 2002. El 8 de Julio de 2002, el contratista solicitó de la Dirección General otra prórroga del plazo de ejecución hasta el 22 de Octubre de 2003, debido además al retraso que supuso el tratamiento al que había que someter la mampostería y elementos singulares de piedra por el deterioro que sufrían. A la prórroga siguió el correspondiente reajuste de anualidades. El 31 de Julio siguiente se concedieron ambas peticiones. El 11 de Octubre de 2002, se aprobó el modificado nº 1, por su presupuesto de contrato de 2.339.417,51 €, con un adicional de 207.782,19 €, equivalente al 9,75% del importe del contrato vigente. El contrato se firmó el 6 de Noviembre siguiente. El 14 de Noviembre siguiente se suscribieron el acta de reanudación y el acta de comprobación del replanteo del citado modificado. El 10 de Junio de 2003, se autorizó la redacción de un nuevo modificado, el nº 2, de las obras y con esta misma fecha se volvieron a suspender temporal y parcialmente las obras. El 15 de Octubre de 2003, se concedió al contratista una nueva prórroga del plazo de ejecución de las obras hasta el 31 de Diciembre de 2003. El 30 de Octubre de 2003, se acordó la continuación provisional de las obras, según lo establecido en el Art. 146.4 de la Ley 13/1995 de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo aplicables los precios del proyecto vigente y los cuatro nuevos precios contemplados en el acta suscrita al efecto el 2 de Junio de 2003. 10. Las obras habían concluido el día 4 de Marzo de 2004 celebrándose un concierto de inauguración en la iglesia construida. El 11 de Noviembre de 2004, se aprobó económicamente el modificado nº 2, por un presupuesto líquido de ejecución por contrata de 2.557.581,24 #, con un adicional líquido de 218.121,84 #, que representaba el 19,98% del presupuesto primitivo. El 2 de Febrero de 2005, las obras fueron recibidas formalmente, constando en el expediente la correspondiente Acta de Recepción. El 5 de Julio de 2005, tuvo entrada en el Ministerio de Medio Ambiente la reclamación de indemnización presentada por Constructora Hispánica, S.A., cuyo importe total ascendía a 859.201,57, en la que exponía que era adjudicataria de las obras referenciadas y que, durante el desarrollo de las mismas, surgieron incidencias ajenas a su responsabilidad que le habían causado importantes perjuicios económicos que debían ser resarcidos por la Administración. Desglosaba los perjuicios sufridos, en los siguientes conceptos: 1.- Costes directos debidos a la paralización de las obras. 2.- Costes indirectos debidos a la paralización de las obras. 3.- Gastos generales soportados durante la paralización de las obras, etc. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó Sentencia el 9 de Abril de 2008 desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por "Constructora Hispánica, S.A."

de Gastos Generales, Pérdida de Beneficio Industrial, Actualización de daños y perjuicios, Incremento de Costes, Intereses de los daños y perjuicios, Intereses y Sobrecostos de avales, lo que arroja un total de 859.201,57 €. El fundamento del resarcimiento de daños que reclama la recurrente se justifica en el equilibrio financiero que ha de mediar en toda relación contractual pública, pues --se arguye-- la parte adjudicataria de la relación contractual no debe correr con los gastos y los perjuicios derivados del retraso en la ejecución de la obra cuando han sido debidos a la propia Administración contratante, toda vez que el riesgo y ventura del contratista no puede cubrir tal circunstancia. Llegados a este punto resulta esencial, por tanto, determinar la causa por la que el contrato en lugar de ejecutarse en los 18 meses previstos en el contrato, se terminó con un retraso de 16 meses. Así es, mientras que en el contrato de obras Proyecto básico general de nuevo Centro parroquial de Nuestra Señora de la Asunción de "El Atance" en el polígono "Aguas Vivas" y Proyecto de ejecución de la fase 1ª y Adenda del Centro parroquial (Guadalajara), se fijó como plazo de ejecución de la obra 18 meses, expirando el mismo el día 22 de Junio de 2002. Sin embargo, la terminación de la obra, después del Modificado 2, se produjo el 2 de Febrero de 2005, es decir, con un retraso de más de 16 meses. Ahora bien, las demoras en la ejecución del contrato de obras se originan por las sucesivas ampliaciones de plazo, debidas a causas diferentes, y por las modificaciones contractuales realizadas, que, adelantando la conclusión final, no se debieron a la actitud de la Administración contratante, ni pueden imputarse a la misma, por tanto, las consecuencias jurídicas derivadas de tal retraso en la ejecución⁵⁴³.

⁵⁴³ Por otro lado, en relación con la existencia de dos modificaciones contractuales, es también la propia parte recurrente adjudicataria del contrato de obras, tras la redacción del proyecto de Modificado nº1 que ocasionó la suspensión temporal, quién solicita nueva prórroga esta vez de diez meses, mediante escrito de 8 de Julio de 2002, siendo la razón, en esta ocasión, que "se han producido una serie de circunstancias que impiden cumplir el programa de trabajos previsto". Estas circunstancias, además de la suspensión temporal total, consisten, en que "la mampostería y los elementos singulares requieren un tratamiento especial debido al grado de deterioro que sufren, lo que obliga a retrasar el montaje de esas piezas". La Administración contratante accede a tal prórroga el 4 de Septiembre de 2002, ampliando el plazo hasta el 22 de Octubre de 2003, según lo instado por tanto, por la propia constructora ahora recurrente. No obsta a cuanto llevamos dicho el resultado de la prueba pericial, pues lo cierto es que la imputación de las sucesivas prórrogas no pueden imputarse a la Administración contratante, cuando ha sido la propia adjudicataria quién ha instado tales aplazamientos, sin que en sus escritos de solicitud se hiciera la más mínima referencia al comportamiento de la Administración que estuviera ocasionando demora o entorpecimiento en la ejecución del contrato. De manera que los retrasos en la ejecución de la obra originados por las sucesivas prórrogas instadas por el propio recurrente adjudicatario por razones no imputables a la Administración contratante, como sucede con las lluvias o el tratamiento especial requerido por la mampostería y otros elementos, no pueden constituir un supuesto indemnizable por la quiebra del equilibrio financiero que ha de mediar en los contratos públicos. Del mismo modo que tampoco las modificaciones contractuales, Modificado 1 y 2, aceptadas por la adjudicataria según la secuencia temporal prevista en los mismos, tampoco puede articularse sobre la misma la pretensión resarcitoria que se ejercita, pues no solo la quiebra del equilibrio económico de la prestaciones del contrato, sino también la proscripción del enriquecimiento injusto se oponen a tal previsión. Téngase en cuenta que la propia existencia de "modificados" --modificaciones contractuales-- no comporta, de forma automática como parece pretender la recurrente, una presunción de imprevisión de la Administración que alarga la duración de la obra con la correspondiente indemnización por tal circunstancia. Pero es que, además, las modificaciones contractuales han de ajustarse a lo dispuesto en el Art. 146, en relación con el 101, del T.R.LC.A.P., citado, en cuanto a su formalización, objeto, alcance, y fundamentalmente a la vertiente económica en que se concretan los sucesivos modificados, por lo que a dicha regulación, y no otra, ha de reconducirse su régimen jurídico. Por lo demás, la lentitud en la tramitación de las modificaciones contractuales, a que se refiere el escrito de demanda, parte de la presunción, como ya

El T.S., explica que la base de partida son las pretendidas deficiencias del proyecto inicial como causa de los retrasos y modificaciones ulteriores, imputables así, en tesis de la recurrente, a la Administración, planteamiento con el que se margina la clave de la Sentencia recurrida, consistente en que las prórrogas del plazo de ejecución obedecieron a peticiones expresas de la empresa recurrente. A parte de insistir, concretándola en este sub motivo, en su consideración de cuestión nueva en la casación, pues el planteamiento de la instancia no versó sobre la modificación del contrato, ni la parte alegó en la instancia qué consecuencias tenía el que el modificado nº 2 aprobara en un plazo más largo que el previsto en la ley, conviene hacer una observación respecto al planteamiento sustancial de la recurrente. Al respecto no consideramos aceptable el punto de partida de la argumentación de la recurrente, asentada en las deficiencias sustanciales del proyecto de obra. Mas no resulta convincente tal base de partida, pues si en el momento de la licitación no se cuestionó dicho proyecto, y, aceptándolo sin reservas, se logró la adjudicación del contrato, imponiéndose a los demás licitadores, y suscribiendo en definitiva el contrato de obras, no es jurídicamente correcto que con posterioridad al contrato se parta de las deficiencias de lo que se admitió, como base para una pretensión de indemnización. Si el proyecto adolecía de deficiencias sustanciales que lo hacían irrealizable, lo lógico hubiese sido no suscribir el contrato, o que, si estas se manifestasen después, que, con arreglo a lo dispuesto en los Art. 111.c y 112 del T.R.L.C.A.P., la contratista hubiese instado su resolución, con las eventuales consecuencias derivadas de ella, y no mantenerse en el marco de la plena eficacia del contrato, y dentro de ella imputar a la Administración incumplimientos, para basar en ellos la pretendida indemnización. Por otra parte, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 101.1 del T.R.L.C.A.P., las modificaciones contractuales no tienen por objeto la subsanación de deficiencias del proyecto inicial, como la recurrente parece dar por sentado en este caso, al menos de modo implícito, sino que responden a "necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente". Consideramos, en suma, no aceptable el planteamiento contenido en el sub motivo e impotente para desvirtuar el que antes hemos calificado como clave de la Sentencia recurrida: que las sucesivas prórrogas del plazo de ejecución se debieron a peticiones expresas de la recurrente.

La segunda línea de argumentación del motivo, contenido en el apartado 5º del Fundamento de Derecho Primero, según acabamos de indicar, plantea que la Sentencia de instancia ha conculcado las reglas de valoración de la prueba, en relación con los Arts. 326 y 348 L.E.C., , y la vulneración de las normas relativas a la carga de la prueba fijadas por el Art. 217 L.E.C., de aplicación supletoria al proceso en virtud de lo

hemos adelantado, de que la propia modificación constituye, en sí misma, una imprevisión de la Administración que precisa de indemnización o compensación, ajena del régimen previsto en la Ley de Contratos. Tales extremos no se ajustan al régimen de tales modificaciones previstas, legalmente, con carácter obligatorio para el contratista en el contrato de obras cuando, con arreglo a lo establecido en el Art. 101, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra, siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato, según dispone el Art. 146.1 del T.R.L.C.A.P., de tanta cita. Sin que, por otra parte, se aprecie en la Administración --a tenor del contenido del expediente administrativo y de la prueba practicada-- una conducta obstruccionista, dilatoria o simplemente retardada en la tramitación de las citadas modificaciones.

dispuesto en la Disposición Final Primera de la L.J.C.A., y jurisprudencia que los desarrolla⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ En el desarrollo argumental del sub motivo sostiene la contratista que en el último párrafo del FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO de la Sentencia recurrida, se concluye: "Las demoras en la ejecución del contrato de obras se originan por las sucesivas ampliaciones de plazo, debidas a causas diferentes, y por las modificaciones contractuales realizadas, que, adelantando la conclusión final no se debieron a la actitud de la Administración contratante ni pueden imputarse a la misma". Afirma que el Tribunal "a quo" obvia el resultado de pruebas taxativas que demuestran que la Administración demandada fue la única responsable de dicho retraso. Al respecto la recurrente indica: a) En primer lugar que el Informe emitido por el Consejo de Estado (órgano consultivo de la demandada) en fecha 1 de Marzo de 2007, analiza el conflicto, planteado posteriormente ante el Tribunal, y concluye en su página 30: "...este Consejo no comparte la atribución de responsabilidad en los retrasos al reclamante que le imputa el Servicio instructor. De ser la responsabilidad atribuible al contratista dentro del riesgo y ventura que contractualmente debía asumir, las prórrogas de plazo no debieron concederse sin la correspondiente penalidad. Por el contrario, todo indica a juicio de este Consejo y con base en los escritos del reclamante denunciando desde el principio la situación, no desvirtuados por la Administración, que el proyecto de licitación era insuficiente para el desarrollo normal del contrato...". b) En segundo lugar, que el perito insaculado manifestó la incidencia de cada una de las deficiencias relacionadas en los anexos y que dieron lugar a la tramitación de dos modificados muy considerables. Indica el perito que el incremento económico que ha supuesto el adicional de los dos modificados es del 19,99% del presupuesto original. Es decir se justifica un incremento de plazo, únicamente por la ejecución de las nuevas unidades y sus incrementos, de 3,59 meses; por tanto la incidencia de la ejecución de estas nuevas unidades fue casi despreciable (3,59 meses) frente a la repercusión que ha tenido el retraso en la tramitación de los dos modificados. Añade que el perito indicó que las prórrogas concedidas por la Administración habían sido sin responsabilidad del contratista, según se pone de manifiesto en la concesión de las mismas. Indica que en conclusión, el retraso acumulado a lo largo de la obra se debe a la tramitación de los Modificados, así como a la resolución de los temas planteados por la constructora a la Dirección Facultativa desde casi el inicio de los trabajos, por lo que concluye que con los datos existentes no puede imputársele a Constructora Hispánica, S.A. porcentaje alguno en la responsabilidad de las demoras. c) En tercer lugar aduce que el informe pericial aportado por Constructora Hispánica con su escrito de demanda, y no impugnado de contrario, no fue valorado. Añade que ni tan siquiera se hace mención alguna de dichas pruebas en la Sentencia recurrida. De todo lo anterior concluye que la valoración de la prueba resulta ilógica, absurda e irracional, llegando a conclusiones inverosímiles, puesto que tanto el Consejo de Estado, como el perito designado judicialmente, acreditan la existencia clara de responsabilidad y culpa de la Administración tanto en la fase de elaboración y aprobación del proyecto; como en la fase de desarrollo a través de la actuación de la Dirección Facultativa, como en la fase de Modificación. Indica que las conclusiones que se obtienen de la prueba practicada, son todas ellas muy lejanas a la que por el contrario se llega en la Sentencia ahora recurrida. Destaca que ninguna de las pruebas practicadas fue impugnada por la demandada, la cual ni siquiera solicitó prueba alguna para rebatir el contenido ni de esta, ni de ninguna otra de las practicadas a instancia de Constructora Hispánica; por lo que en su opinión la Sentencia de instancia ha incurrido en vulneración de las normas de la carga de la prueba del Art. 217 L.E.C. En definitiva, si bien la revisión de la prueba está vedada al acceso casacional, lo cierto es que la valoración efectuada por el Tribunal "a quo", violenta las reglas de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, por ser ilógicas, absurdas e irracionales, llegando a conclusiones inverosímiles. Pasa a continuación la recurrente a exponer la jurisprudencia que entiende aplicable al caso con referencia al respecto a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 2000, de la que efectúa transcripción selectiva de textos. En el sentir de la recurrente la ausencia de valoración o valoración irracional, ilógica y arbitraria de las mencionadas pruebas (informe del Consejo de Estado, pericial de perito insaculado), es lo que lleva a la afirmación del Tribunal a quo de que las demoras en la ejecución de las obras no se debieron a la actuación de la Administración contratante. El Abogado del Estado en su oposición al motivo de casación afirma que el recurrente intenta reproducir en casación el debate de la instancia, pero tal intento está vedado en casación, cuya naturaleza no se compadece con una segunda instancia, como tiene reiteradamente señalado ese Alto Tribunal; asimismo es impropio y contrario a la naturaleza del recurso de casación la impugnación de los hechos y de la libre apreciación probatoria de los mismos. Añade que la Sentencia analiza los retrasos en la ejecución de las obras y llega a la conclusión de que la responsabilidad de las sucesivas prórrogas no pueden imputarse a la Administración, cuando ha

Para resolver el sub motivo de casación quinto en el que cuestiona la valoración de la prueba La Sentencia manifiesta claramente que existen una serie de suspensiones temporales o aplazamientos de las obras que son todos ellos a instancia de recurrente, en algunos supuestos por la existencia de lluvias, o circunstancias diversas que impiden cumplir el programa de trabajo. Afirma que las dos modificaciones del contrato fueron también a propuesta del contratista, y concluye que no existe culpa en el retraso ni en la Administración ni en el contratista. En cuanto a la valoración de la prueba documental, estamos en presencia de un Informe que, en contra de lo que afirma el recurrente, no ha sido emitido por el Consejo de Estado, sino por el Consejo de Obras Públicas, Informe en el que se recoge el parecer del órgano que lo suscribe, y que debe ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica, y a cuyas conclusiones no está, ni mucho menos, sujeta la Sala de Instancia. El recurrente alega que se ha vulnerado la carga de la prueba pero no razona cómo y en qué medida.

En el sub motivo séptimo reprocha a la Sentencia de instancia infracción de los Arts. 98 y 144 L.C.A.P. y 132 del R.G.C.E. y jurisprudencia que los matiza, en lo que se refiere al principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución de los contratos administrativos, y a los supuestos de quiebra de tal principio ante el incumplimiento de la Administración, y por lo tanto, su obligación de garantizar el equilibrio económico y financiero del contrato⁵⁴⁵. El T.S., se apoya en los argumentos expuestos antes para

sido la propia adjudicataria quien ha instado tales aplazamientos, sin que en sus escritos de solicitud se hiciera la más mínima referencia al comportamiento de la Administración que hubiera ocasionado demora o entorpecimiento en la ejecución del contrato.

⁵⁴⁵ Afirma que es copiosa la jurisprudencia que reconoce la obligación de indemnizar los perjuicios causados al contratista, cuando el retraso en la ejecución de la obra es imputable a la Administración, entre otras, S.T.S. Sala 3ª, sec. 4ª, S 15/6/2007. Rec.10809/2004. Indica que por este motivo Constructora Hispánica acudió al auxilio judicial, considerando que se procedería a restablecer el equilibrio económico del contrato, condenando a la Administración a abonar la indemnización de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las incidencias surgidas en las obras, que impidieron ejecutar la obra en el plazo convenido. Resalta que en el momento en que el Tribunal se aleja del resultado de las pruebas, ni siquiera las menciona en su Sentencia, y fundamenta su FALLO en una valoración unilateral de lo ocurrido en la obra contraria, al resultado de la totalidad del material probatorio, se vulnera especialmente el contenido legal y jurisprudencial del principio de riesgo y ventura de contratista, y los supuestos de quiebra de dicho principio en aquellas ocasiones en las que existe una ruptura del equilibrio económico del contrato, ocasionada como consecuencia del incumplimiento y/o negligencia contractual de la Administración, que provoca un enriquecimiento injusto a favor de la misma (Arts. 98 y 144 L.C.A.P. y 132 del R.G.C.E). Sostiene que el principio de riesgo y ventura, proclamado en el Art. 132 del R.G.C.E, que obliga al contratista a cumplir el contrato en sus propios términos, sin que pueda involucrar a la Administración en los aciertos y desaciertos de su actividad, cuenta con determinadas excepciones, entre ellas que el contratista se encuentre con una mayor dificultad en la ejecución de la obra por motivos únicamente imputables a la Administración, que se tornan en un incumplimiento contractual de ésta, que genera en el contratista el derecho a una indemnización económica como consecuencia de la ruptura del equilibrio financiero del contrato y la vulneración del principio del enriquecimiento injusto de la Administración. Pasa a continuación el recurrente a exponer la jurisprudencia que entiende aplicable al caso con referencia al respecto a la Sentencia de 26 Enero 1990), de las que efectúa transcripción selectiva de textos. Aduce que cuando, como en el caso de autos, la Administración se ha visto en la necesidad de conceder las prórrogas sucesivas del plazo de terminación de las obras, por la necesidad técnica de modificar un proyecto, que se demuestra es completamente deficiente, para adaptarlo a la realidad, quiebra el principio de riesgo y ventura del contratista, y en virtud de los Arts. 98 y 144 L.C.E. y 132 del R.G.C.E la Administración se convierte en responsable de los daños y perjuicios causados al contratista por su incumplimiento del contrato. Alega que existe también un amplio reconocimiento jurisprudencial del derecho a indemnizar al contratista, cuando la Administración no ha puesto a

fundar la desestimación del actual motivo. El recurrente parte de la premisa de que el retraso en la ejecución de la obra es imputable a la Administración, y de esa consideración deriva la obligación de indemnizar los perjuicios causados al contratista. Sin embargo, la Sentencia de instancia declara que el retraso en la ejecución de la obra no es imputable a la Administración, y la apreciación de la prueba efectuada por la Sala de instancia no es revisable en casación, ni pueden establecerse hechos incompatibles con los declarados por la Sentencia de instancia, para a partir de ahí, sostener que se ha procedido a una incorrecta aplicación del derecho.

Por último, alega el recurrente que la Sentencia de instancia ha vulnerado los principios de buena fe, confianza legítima del Administrado y doctrina de los actos propios, normativa y jurisprudencia que los desarrollan. En el desarrollo de dicho motivo sostiene que el Art. 9.3 de la C.E., consagra, entre otros, los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad administrativa, así como el de la seguridad jurídica. En el sentir del recurrente derivado de éste último, son los principios de buena fe y confianza legítima del administrado que han sido incluso recogidos en el Art. 3.1 de la Ley 30/1992 de R.J.A.P., en su nueva redacción dada por la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 de R.J.A.P. y P.A.C., principio al cual incluso la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 4/99 dedica el apartado II, párrafo primero. Cita la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Sentencias como la de Toepfer, de 3 de Mayo de 1.978, o Meiko Konervenfabrik, de 14 de Julio de 1.983 , así como S.T.S. de 22 de Diciembre de 1.994 , RAJ 621); S.T.S., de 28 de Febrero de 1.998 , RAJ 1458; S.T.S., de 8 de Junio de 1.990 , RAJ 5180, S.T.S. de 19 de Julio de 1.996 , RAJ 6202, y S.T.S., de 22 de Marzo de 1.991 , RAJ 2669; S.T.S., de 30 de Junio de 1.995, RAJ 5024), y en concreto, para el caso de contratación administrativa, la S.T.S., Sala 3ª 5ª de 24 de Enero de 1984. Sobre esa base jurisprudencial afirma que el caso de autos, se creó una confianza legítima en el administrado y la expectativa de que la Administración demandada va a realizar el abono de la cantidad reclamada por la contratista en concepto de los daños y perjuicios sufridos (es más en la propia contestación a la demanda reconoce algunos de los conceptos reclamados). Aduce que la Administración se aparta de su propio criterio, violando la buena fe y la confianza legítima creada en el administrado, no procediendo al abono de la cantidad reclamada a pesar de que la citada reclamación a la que ni siquiera da contestación, actuación esta que a pesar de ser contraria al mencionado principio, ratifica la Sentencia recurrida. Afirma que toda actividad administrativa debe atenerse, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (S.T.S., de 25 de Octubre de 1995), al principio *venire contra factum proprium* o doctrina de los actos propios de la Administración, y en este caso la demandada ha venido actuando de forma

disposición del mismo los medios necesarios para remover los obstáculos que impiden la ejecución de la obra, calificándolo como un claro incumplimiento contractual por parte de la Administración contratante, que se traduce en la obligación de responder y resarcir los daños producidos al contratista. Indica que el importe de la indemnización consta sobradamente acreditado, tanto con la pericial aportada por la recurrente, como con la pericial emitida por el Sr. Arsenio , perito insaculado que, en la página 23 de su informe, efectúa un extenso desglose del importe y conceptos por los que la demandada debe pagar a CONSTRUCTORA HISPÁNICA S.A. Argumenta que la falta de reconocimiento por parte de la Sentencia recurrida del derecho a la indemnización reclamada, hace que se produzca un enriquecimiento de la Administración como consecuencia de su incumplimiento, que tiene como contrapartida un empobrecimiento paralelo e injusto de la contratista.

contradictoria, contraviniendo así el mencionado principio, circunstancia ésta también ratificada y no sancionada por la Sentencia de instancia.

El recurrente sustenta el último motivo de casación en que se creó una confianza legítima en el administrado y la expectativa de que la Administración demandada iba a realizar el abono de la cantidad reclamada por la contratista en concepto de los daños y perjuicios sufridos. La desestimación de todos los motivos anteriores haría innecesario el estudio del actual motivo, pues el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios, en la elevada cuantía que reclama el recurrente, no puede sustentarse sobre el principio de confianza legítima. Pero además estamos en presencia de una mera manifestación de parte carente de toda prueba, pues no existe ningún dato fáctico en la Sentencia de instancia en el que pueda apoyarse la Administración creara en el Administrado la expectativa de que iba a reconocer la procedencia del abono de la cantidad reclamada.

8. Solicitud de prórroga o paralización de la obra por el contratista como consecuencia del modificado.

En varios casos de los años ochenta se plantea el problema de que los contratistas ante la existencia de una modificación solicitan una prórroga del contrato.

Así en una Sentencia de Octubre de 1983⁵⁴⁶ explica el T.S., que, como bien se aprecia en los razonamientos del Tribunal de instancia, que quedan transcritos, la

⁵⁴⁶ Ver S.T.S. de 20 de Octubre de 1983, Ar.5908, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren Negro. La Comisión Municipal Ejecutiva del Ayuntamiento de Barcelona, en 12 Abril 1976, adjudicó a «Obrascon», las obras de construcción del grupo escolar «Wellington», dando comienzo las mismas en los 15 días siguientes a la adjudicación y a terminar en 18 meses. Las obras no se pudieron iniciar hasta el 28 Junio 1976, por la existencia, en el centro del solar de una estación transformadora de energía eléctrica. La recurrente, el 9 Diciembre 1977, y debido a la ejecución de unos trabajos adicionales no previstos en la originaria adjudicación, presentó ante el Ayuntamiento demandado, una solicitud de prórroga de tres meses del plazo primitivo. Habiendo solicitado dicha Sociedad en 9 Diciembre 1977, una prórroga de tres meses, fue denegada por Ac. de 30 Marzo 1978; contra el cual se interpuso recurso de reposición, que fue desestimado en 19 Septiembre 1978. Interpuesto por «Obrascon» recurso contencioso-administrativo, la Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona, en Sentencia de 1 Julio 1981, lo estima, declarando que el aplazamiento fue solicitado dentro del plazo de ejecución de las obras. Señala el Tribunal que acreditado como está que «Obrascon» por causas que le eran ajenas no pudo iniciar las obras adjudicadas hasta el 28 Junio 1976, es evidente, que la terminación de aquéllas estaba en plazo hábil para hacerlo por no haber transcurrido el término convenido de ejecución de las obras por lo que aquélla debió serle concedida, conforme con lo establecido en los Arts. 58 del R.C.C.L., y 45 L.C.E en los que, respectivamente, se dispone «que los contratos de obra sólo serán prorrogables por causa justificada, no imputable al contratista, que impida realizarlas dentro del plazo previsto» y «que si el retraso fuera producido por motivos no imputables al contratista y éste ofrezca cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había designado, se concederá por la Administración plazo que será, por lo menos igual al tiempo perdido a no ser que el contratista pidiera otro menor»; y sin que obstaculice la anterior conclusión lo preceptuado en el Art. 140 del R.G.C.E., pues aun admitiendo su aplicación en la esfera de la contratación local, por vía de la supletoriedad establecida en la Disp. Adic.2.ª del R.C.C.L., así como su absoluta adecuación a la normativa de rango superior vigente en esta materia, por no resultar admisible, que aquella petición de prórroga no tuviera lugar en el plazo máximo de un mes desde el día en que se produjo la causa originaria del retraso, si se atiende a que la misma está fundamentada en la necesidad de realización de obras adicionales no previstas en la originaria adjudicación y cuya primera petición, data del 21 Diciembre 1977, o sea de una fecha posterior a aquélla en la que se presentó la solicitud de la prórroga denegada.

cuestionada prórroga del contrato de autos está plenamente justificada por la exigencia de realizar obras adicionales, no previstas en el proyecto primitivo, sin que pueda alegarse de contrario la extemporaneidad de la solicitud de prórroga, que fue formulada, según consta, incluso con anterioridad a que se cursase formalmente la orden de ejecutar las susodichas obras adicionales.

Pocos días después se dicta un nuevo pronunciamiento⁵⁴⁷ donde el T.S., concluye que el Tribunal «a quo»⁵⁴⁸ llegando con acierto a la conclusión de que la demora por el

⁵⁴⁷ Ver S.T.S., de 28 de Octubre de 1983. Ar.5286, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Gordillo García. El Ayuntamiento de Murcia desestimó por silencio administrativo las peticiones cursadas al mismo, referidas al resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios ocasionados al contratista adjudicatario de las obras de construcción de una estación de autobuses de Murcia, derivadas del retraso en la ejecución de las obras, a causa del incumplimiento de la Corporación Municipal de su obligación de entregar o poner a su disposición en la fecha de inicio del plazo contractual de ejecución, libre y expedito, el solar sobre el que se había de construir, habiéndolo hecho, en cambio, con la existencia de unas edificaciones sitas en dos ángulos del linde sur y en el centro del linde oeste, y cuya demolición no tuvo lugar hasta principios del mes de mayo de 1972, unos cinco meses aproximadamente antes de la expiración del plazo convenido. -30 Septiembre del mismo año-, lo que, a su vez, comportaba el desconocimiento del rasante de la calle en dicho linde Sur; y por otra, de las diversas modificaciones del proyecto impuestas por la dirección técnica y retraso de la Administración en contestar a su petición de cambio del tipo de bordillo y sustitución de la unidad de obra núm. 10 del capítulo II del Presupuesto referente al firme de la calzada, las que formuladas con fecha 22 Octubre 1971, no fue contestada hasta el 8 Marzo 1973, y sólo en relación con la segunda de las peticiones; consistiendo el importe de la indemnización solicitada en la diferencia de precios de las unidades de obra ejecutadas fuera de plazo; b) Abono del precio, valorado al momento de su realización, de las obras efectuadas por orden de los técnicos y que no figuraban en el proyecto objeto de contrata. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial de Albacete, en Sentencia de 2 Junio 1977, lo desestima, declarando ajustados a Derecho los actos recurridos.

⁵⁴⁸ En la Sentencia apelada se dispone lo siguiente: “Que el Art. 92 del R.C.C.L., aprobado por D. de 9 Enero 1953, dispone que la Administración quedará sujeta a resarcir los daños e indemnizar los perjuicios que causen, si en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad o de cualquier otro modo contravinieren aquéllas, de cuyo precepto y doctrina jurisprudencial sobre el mismo se deduce, que para la viabilidad de tal indemnización, precisa la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos fundamentales: a) Una conducta negligente, dolosa o morosa en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Corporación; b) Producción de un daño real debidamente justificado; c) Relación causal entre ambos requisitos citados, es decir, que el daño sea consecuencia directa y necesaria de aquella conducta y d) Estricto cumplimiento de sus obligaciones por parte del administrado. Que haciendo aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado, resulta que no concurren todos y cada uno de dichos requisitos en relación con la demora en la entrega del solar libre y expedito, puesto que si bien es cierto que, en el momento de iniciarse las obras, existían sin que examinados por el Perito jurisdiccional los planes correspondientes al Proyecto y el estado actual de terminación de la obra, se aprecian como efectuadas las modificaciones siguientes: emplazamientos de la escalera del andén central para su alineación, así como la del túnel inferior del paso, la crujía central con el cambio de pórticos de 18 metros a otros de 7 metros de luz y supresión de cerramiento y tabiquería en algunos locales o dependencias, todas las cuales no suponen alteración importante ni en cuanto a superficie, perímetro o distribución de espacios (informe pericial Primero) y en cuanto a la cuestión fundamental que aquí interesa, por su repercusión sobre la pretensión ejercitada, sobre si dichos cambios supusieron o no entorpecimiento en el curso de la realización de la obra, es evidente que una u otra conclusión depende de si fueron conocidas o no a tiempo por el contratista, dado que la complejidad técnica de lo realizado en definitiva no es superior a lo proyectado, y como ninguna prueba se ha practicado que acredite que dichas modificaciones se adoptaran o llegaran a conocimiento del recurrente con retraso no cabe imputar a las mismas la demora en la ejecución de la totalidad de la obra. Que a idéntica conclusión y efectos desestimatorios se llega en cuanto a los restantes motivos aducidos en el recurso, como presupuestos de hecho para la reclamación formulada, por las siguientes razones: a) Todas las sustituciones de unidades de obra que se efectuarán, no suponen necesariamente un aumento de obra y no se ha probado que en alguna de las llevadas a cabo

Ayuntamiento de Murcia en la entrega del solar libre y expedito, las modificaciones del Proyecto y la sustitución de unidades de obras, no son causantes del notable retraso en la ejecución de la obra por el contratista (que al finalizar el plazo contractual no había aún ejecutado ni la mitad de la misma), por lo que no resulta procedente el abono solicitado por el actor, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, de la diferencia de precios de las unidades de obras «ejecutadas fuera de plazo», ni tampoco del importe de las realizadas «fuera de presupuesto», al no acreditarse que estas últimas quedaran excluidas de la relación y valoración de las obras efectuada por el Ayuntamiento de Murcia el 25 Septiembre 1974, con la expresa conformidad y firma del técnico municipal y del contratista; sin que la prueba pericial acordada para mejor proveer en esta segunda instancia -aun irregularmente practicada- permita sustentar (en cuanto a las obras «fuera de presupuesto» o «imprevistas») una conclusión contraria a la que con anterioridad ha quedado expuesta.

tuviera lugar dicha incidencia; b) En consecuencia, si tales sustituciones se efectuaron con la antelación suficiente para que pudieran ser conocidas por el contratista, no afectaron en nada al desarrollo normal de la obra; c) Concretamente en cuanto a la sustitución operada en el techo del vestíbulo de la Estación, al sustituir el forjado del mismo, así como las losas de hormigón armado por forjados de vigas y bovedillas de hormigón prefabricado, nada ha acreditado que se adoptara tal decisión con retraso de tal índole que supiera paralización o entorpecimiento en la marcha de las obras; d) Finalmente se aduce que, solicitado a la Corporación, en escrito de fecha 22 Octubre 1971, el cambio del tipo de bordillo, así como el firme de la calzada, no se obtuvo contestación hasta el día 8 Marzo 1973, y si bien ello es cierto y se halla justificado en el expediente, hay que resaltar los siguientes puntos: 1.º No puede aducirse desconocimiento del tipo de bordillo a colocar, así como del firme de la calzada, como implícitamente pretende justificar el contratista, puesto que en el Proyecto estaba perfectamente establecido y a él debía ajustarse para su construcción, sin que se diera una imposibilidad de efectuarlo con arreglo a lo proyectado, puesto que la piedra caliza existe en el mercado, aun cuando haya de encargarse expresamente y se sirva contra pedido concreto con arreglo a las dimensiones y características solicitadas (informe pericial, 11), 2.º La no obtención de contestación a dicha petición, no autoriza a la suspensión ni al retraso en la ejecución de las obras, puesto que al no ser obligatorio para la Corporación ni acceder ni contestar, transcurrido un determinado lapso de tiempo, debe presumirse, por silencio administrativo, su desestimación; 3.º No se ha probado que antes de la fecha de contestación de la Corporación, se hubieran paralizado los trabajos o hubieran sufrido demora, por encontrarse pendientes únicamente de realizar dichas unidades de obra, cuyo cambio no había solicitado. Por lo expuesto, hay que concluir que, pese al transcurso del tiempo citado, y debido al gran retraso que llevaban las obras por otras causas, dicha tardanza no tuvo influencia alguna a los efectos pretendidos. Que la segunda de las pretensiones solicitadas en la demanda, se refiere al abono del importe de las obras realizadas fuera de presupuesto, y para su justificación aporta el recurrente un estudio económico de la totalidad de la obra efectuada en la construcción de la estación de autobuses, pormenorizando al final del mismo, todas aquellas que, a su entender, reúnen dicha condición, con su correspondiente volumen, precio e importe de cada una de ellas y el total, y si se contrasta tal estudio, en el aspecto concreto ahora examinado, con la valoración efectuada por la Corporación en el momento de recepción provisional de las obras, concretamente en el Capítulo X bajo el epígrafe de Imprevistos (Fuera de Presupuesto), se observa en ambos documentos la coincidencia en la casi totalidad de las obras conceptuadas con dicho carácter e incluso su precio e importe, diferenciándose en tres partidas que la Corporación no acepta, por considerarlas incluidas en el Presupuesto y otra en cuanto al precio por unidad, discrepancia que no puede resolverse en favor del recurrente, habida cuenta: a) Que no ha probado sus alegaciones en tal sentido puesto que la prueba pericial propuesta a tal fin, en los puntos referentes a esta cuestión, no fueron dictaminados y b) Frente a tal ausencia probatoria, la pormenorización y valoración de dichas obras, efectuada por la Administración, está avalada y averada tanto por los técnicos municipales, como por el Sr. A., técnico al servicio del contratista; en consecuencia, procede desestimar también dicha petición”.

Al año siguiente⁵⁴⁹ el T.S., conoce del recurso contra la Sentencia de 20 de Noviembre de 1982, de la Sala de la Audiencia Territorial de Valencia, por el que se

⁵⁴⁹ Ver S.T.S. de 12 Julio 1984, 4670, Ponente: Excmo. Sr. D. Paulino Martín Martín. Por Acuerdo del Ayuntamiento en Pleno de fecha 18 de Septiembre de 1979, fue adjudicada definitivamente, al hoy actor, Contratista Luis B., S. A., la ejecución de «obras de apertura y urbanización de la Avenida de Jacinto Benavente» en la localidad de Benicarló; Que la adjudicación de la contrata se ajustaba al Pliego de Condiciones económicas-administrativas de 31 de Mayo de 1979, entre cuyas condiciones constaban entre otras, la 10.ª, en la que se establece «el que las obras ... deberán realizarse en el plazo máximo de seis meses, a contar de la fecha en que se dé traslado al adjudicatario del Acuerdo municipal de adjudicación definitiva ...; la 11.ª, por la cual se otorga al Alcalde la facultad de imponer una multa de hasta el 1 por 1000 del importe de la adjudicación por cada día de demora en la entrega ...», la 14.ª, en la que se establece que el contrato se hace a riesgo y ventura y para el adjudicatario, el cual no podrá solicitar alteración de precios e indemnización, excepto por alguna de las causas señaladas en el Art. 57 del R.C.C.L; y en la 21.ª, se especifica que, «para el caso de que proceda la revisión de precios ésta se hará de acuerdo con las fórmulas polinómicas y los índices de precios correspondientes, publicados por el Ministerio de Hacienda, concretamente la que corresponda de las publicadas en el Decreto-Ley 2/1964 de 4 de Febrero, o de la publicada en el 461/1971 de 11 de Marzo (RCL 1971\598). El 16 de Octubre de 1979, por el Arquitecto del Proyecto y de la Dirección de obras, por escrito «memoria valorada», se describen «la necesidad, antes de iniciarse las obras adjudicadas, de efectuar obras complementarias, como derribos de edificios, o inmuebles afectados -no contenidos en el proyecto-, según era norma en los proyectos de urbanización promovidos por este Ayuntamiento», en cuya «memoria valorativa» los describe y valora; 4.º en 18 de Octubre de 1979, se lleva a efecto el «acta de replanteo» en la que entre otros extremos en su punto 2.º, Se considera que antes de iniciarse las obras adjudicadas, sería necesario remover, desmontar o trasladar instalaciones de Hidroeléctrica Española, Teléfonos, iluminación, arteria de agua -con tubería de 300 mm. de diámetro para abastecimiento a la Zona Turística Sur-, alcantarillado, acometidas de varios edificios a derribar en sus diferentes servicios, y su punto 3.º, Se insiste en las obras complementarias y necesarias de realizarse, antes del inicio de las obras adjudicadas, con especificación de las mismas y de los «precios contradictorios» que se indican, en el punto 4.º Se establece «dado que las obras de derribo son necesarias para dar comienzo a las obras adjudicadas, el contratista adjudicatario se reserva el derecho, dado que los derribos no están comprendidos en el Proyecto, a no dar comienzo a las obras en tanto en cuanto se cumplimenten todos los trámites legales referentes a las mencionadas obras y se aprueben los presupuestos de su ejecución, manifestando que, en consecuencia, las obras adjudicadas no podrán ejecutarse en el plazo previsto el cual deberá contar a partir de la fecha en que quede realizado el derribo, acta que firmaron los representantes de la Administración y del contratista, y que fue aprobada por el Ayuntamiento en Pleno en 18 de Octubre de 1979, acordándose igualmente el que dichas obras complementarias pudieran adjudicarse -dado que el valor no excedía del 20% del Proyecto principal- directamente por el Sr. Alcalde el Contratista del Proyecto, prevista presentación de tres presupuestos, le fue adjudicada al actor por acuerdo de la Comisión Municipal Permanente en 30 de Octubre de 1979: 5.º que en 21 de Enero de 1980 se extiende «acta de comienzo de obras» en la que entre otros extremos, se especifica «que en el día de hoy, y a la vista del estado de ejecución de los derribos, se observa que la parte pendiente de ejecutar no impide el normal inicio y desarrollo de las obras de las que «LUBASA» - (Luis B., S. A.)- es adjudicataria», y «por ello, los aquí reunidos acuerdan considerar el día de hoy como fecha de comienzo de las obras, empezando a contar el plazo de ejecución de seis meses». Por acuerdo de 15 de Abril de 1980, la Corporación Municipal ratificó la modificación de los precios contradictorios, como consecuencia de las obras complementarias previas a la de la contrata, que ya habían sido aprobadas provisionalmente en 19 de Febrero anterior y por la Consellería de Obras Públicas y Urbanismo en 26 de Marzo. Por el Alcalde, en fecha 12 de Junio -un mes y nueve días antes del plazo de ejecución- estimando que «están casi paralizadas las obras», evidentemente por exceso de celo, y estimando que había transcurrido el plazo de seis meses, requiere a la empresa adjudicataria para que «Continúe de inmediato las referidas obras, cumpliendo fielmente el ritmo establecido...» conminando en caso contrario, con las sanciones establecidas en la cláusula 11.ª del Pliego de Condiciones. Con fecha 26 de Junio de 1980, el contratista solicita «revisión de precios» a tenor de las cláusulas del Pliego de condiciones números 14ª y 21ª, por elevación de precios de los asfaltos, salarios por las disposiciones legales que cita y acompaña por fotocopia. Por escrito de 18 de Junio de 1980, el contratista solicita una prórroga de tres meses en el plazo de ejecución de las obras, formulando las alegaciones oportunas a su pretensión en base: a la realización de unidades de obra no incluidas en Proyecto cuyos precios

estima el recurso declarando no conformes a Derecho los acuerdos impugnados y en consecuencia procede que por el Ayuntamiento de Benicarló se acceda a la prórroga del plazo de ejecución por tres meses que le fue solicitado por la entidad social actora, y asimismo a que admita la revisión de precios, que igualmente le fue interesada en la medida que la normativa de revisión lo permita⁵⁵⁰.

contradictorios aprobados le fueron comunicados en 5 de mayo de 1980; que las unidades objeto de precios contradictorios afectan a excavaciones en zanja, primeras que había de ejecutar, y la modificación lo era en roca, cuyos rendimientos son menores y todas aquellas unidades de obra que imprevisiblemente tuvieron que efectuarse inicialmente, por precios contradictorios. Por la Comisión informativa de urbanismo, en informe de 16 de Julio de 1980 concluye y entiende que podía concederse prórroga con fecha tope en 9 de Agosto próximo, atendiendo también a la proximidad de las Fiestas patronales; asimismo en 21 de Julio de 1980 por la Secretaría se informa, «en consecuencia, visto que el informe de la C. I. U. acepta por haber concurrido circunstancias especiales, con una paralización de obras por parte de la empresa constructora ...» y «que existe causa justificada no imputable al contratista, que ha impedido realizar las obras dentro del plazo previsto, podrá acordar la prórroga que estime oportuna en el referido contrato ...». Lubasa solicitó del Ayuntamiento de Benicarló (Castellón), prórroga para el plazo de ejecución de las obras de «Urbanización de la Avda. de Jacinto Benavente de Benicarló, que por Acuerdo del mencionado Ayuntamiento, de fecha 8 de Agosto de 1980, fue denegada tal petición. Interpuesto recurso contencioso administrativo por (Lubasa). Por el Sr. Doctor Arquitecto del proyecto en fecha 24 de Septiembre de 1980, designado Director de obras, emitió un informe en el sentido: de que «las nuevas unidades de excavación en roca y la sustitución de una tubería representaron un retraso en la buena marcha de la obra, aunque consideraba excesivo el plazo de prórroga solicitado, que ya en el mes de Agosto se utilizó sin riego asfáltico, la calle o Avenida, tramitando un informe de que «todo ello apoya un criterio de que las obras hubieran podido ser terminadas, sino en el plazo previsto, con un plazo no superior a quince días de exceso ...». Las obras fueron objeto de recepción provisional en 30 de Septiembre de 1980.

⁵⁵⁰ Se dice: “Que si bien el Art. 51.1 del R.C.C.L., de 9 de Enero de 1953, establece el principio de inalterabilidad a partir del perfeccionamiento del contrato, y que deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que les sirvan de base, tanto en lo referente a sus condiciones jurídicas, técnicas y económicas, que las mismas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación, contempla dicho artículo, en el último inciso de su apartado primero «salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes entre las cuales, la normativa que se aplica, contempla precisamente en su Art. 54 el supuesto surgido precisamente al inicio de las obras contratadas, de obras necesarias y prioritarias a la ejecución de las que fueron objeto de contrata, y que dieron lugar a la aplicación de la mencionada norma, cumpliéndose el procedimiento de precios contradictorios, y cuyas obras detalladas en el tercer considerando, fueron ya un primer obstáculo no imputable al contratista, puesto que no estaban comprendidas en el proyecto objeto de adjudicación; igualmente, como de manera paladina se manifiesta del prolijo examen del expediente y de los informes técnicos que en el mismo constan, que para mayor y mejor comprensión de los hechos se han detallado quizá de manera excesiva, pero a ello obligaba el voluminoso expediente administrativo y de la que resulta probado, que la existencia de roca en el subsuelo, la necesidad de instalar una tubería de 300 mm. en vez de la prevista de 150 mm. en el Proyecto, la necesidad de acometidas nuevas de servicios y alcantarillado de obras que fueron declaradas necesarias en la «memoria valorada» del Dr. Arquitecto que se recoge en el apartado 3.º del tercer considerando y se especifican, en su concreción y entidad, en el apartado 4.º del mismo, al hacerse constar en el «acta de replanteo», en cuyo documento, firmado por la Corporación, por el Dr. Arquitecto, y el representante legal del contratista, en un apartado cuando dice no dar comienzo a las obras hasta tanto no se aprobaran los presupuestos -los que lo fueron en 15 de Abril de 1980-; que si bien en 21 de Enero de 1980, se formaliza el «acta de inicio de las obras» haciéndose declaración expresa de que dicho día marcaría el inicio del plazo establecido de seis meses en el Pliego de Condiciones supliendo, por las circunstancias imprevisibles indicadas, el cómputo que se establece en la cláusula 10.ª del mismo, acto concluyente y reconocido por el Ayuntamiento de las circunstancias peculiares en las que se estaba desarrollando la contrata, que refuerzan la propia acta de inicio de obras en la que expresamente se dice: «... se observa parte pendiente de ejecutar ...» con lo cual, aunque ello no fuere óbice con entidad suficiente para no poder iniciar las obras principales, es llamativo, que las obras imprevisibles e inevitables para el desarrollo de aquélla, aún estaban en ejecución, con la repercusión que ello conlleva,

El T.S., señala que frente a lo sostenido por la Abogacía del Estado como fundamento de la pretensión de apelación son enteramente asumibles por esta Sala ad quem los datos y argumentos jurídicos que exhaustivamente y con acierto se exponen a lo largo de los razonamientos contenidos en los Considerandos que se aceptan. A tal efecto debe resaltarse que los servicios técnicos y jurídicos del propio Ayuntamiento (folios 514 y 515 del expediente) expresan opinión o juicio favorable a la prórroga solicitada por el contratista, en razón de haberse tenido que realizar obras previas y complementarias no incluidas en el proyecto inicial (con precios contradictorios aprobados en 5/5/80 y que dadas sus características (unidades de obra excavadas en roca, sustitución de tubería, etc.) retrasaron razonablemente la marcha de la operación y, por ello, se daba causa justificada no imputable al contratista; tesis compartida también por la Secretaría de la Corporación y que la Sala de instancia hace suya al destacarse también que las obras fueron objeto de recepción provisional el 30 Septiembre de 1980 y la petición fue formulada en plazo hábil.

En cuanto al tema de la paralización de las obras por el contratista hay que empezar citando un asunto de 1983⁵⁵¹ donde se dice que carecen de virtualidad jurídica esos argumentos del contratista recurrente por las razones recogidas en la Sentencia de primera instancia y, en especial, por las siguientes: a) Como dice el Consejo de Estado en su dictamen, los fundamentos de la pretensión del empresario se derrumbaron, cualquiera que fuere el valor que anteriormente tuviesen, al suscribir y aceptar, sin reserva ni protesto, el adicional de cimentación (escritura pública de 31 Octubre 1973), que forma unidad con el contrato primitivo y que, al no suponer un incremento sobre éste de más del 20%, fue la razón que no pudo legitimar la adjudicación directa a la misma empresa; es decir, que el contratista, por actos propios concluyentes ha prescindido de la posibilidad de invocar la supuesta suspensión de las obras que se producen con anterioridad a la adjudicación adicional, puesto que las obras del edificio

aún con la mayor diligencia; que del requerimiento de que fue objeto el contratista por escrito de la Alcaldía en 12 de Junio, aparte de hacer referencia «a haber transcurrido con exceso el plazo de seis meses para la terminación de las obras» cuando en dicha fecha aún faltaban un mes y nueve días para agotarse el plazo, no se indica en ningún momento una paralización de las obras, sino textualmente «... están casi paralizadas ...», y «con ritmo de trabajo mucho menor ...» y a lo que se refiere es a que «... cumpliendo fielmente el ritmo establecido ...», que de los informes que han sido rigurosamente recogidos en el tercero considerando, de la Comisión Informativa de Urbanismo, y especialmente el de la Secretaría del Ayuntamiento donde se reconoce sin lugar a dudas que «las causas del retraso, justificadas y no imputables al contratista», son juntamente de la apreciación conjunta del expediente administrativo, demostrativa de que son justificadas las causas alegadas por el contratista para solicitar la prórroga del plazo previsto para la ejecución de las obras adjudicadas, ello al amparo del Art. 58 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, y por ende no conforme a Derecho el Acuerdo del Ayuntamiento demandado de fecha 8 de Agosto de 1980 que es objeto de impugnación, debiéndosele conceder la prórroga solicitada a la actora.

⁵⁵¹ Ver S.T.S., de 18 Abril 1983, Ar.1941, Ponente: Excmo. Sr. D. Julio Fernández Santamaría. La Audiencia Nacional dictó Sentencia en 24 Junio 1981, desestimando el recurso interpuesto por un contratista contra resolución de la presidencia de la Junta de Construcciones y Equipamientos Escolares que acordó la resolución de un contrato de obras del que era titular el señor C. A., con pérdida de las fianzas constituidas e indemnizaciones a la Administración, abonando al contratista las ejecutadas y no pagadas que sean de recibo y contra el recurso de alzada del M.º Hacienda que confirmó la resolución anterior. 1.º) En la demora inimputable al mismo en la realización de las obras, que tuvo paralizada la Administración al haber aprobado el presupuesto adicional de la cimentación más de veinte meses después de surgir los problemas -desde Diciembre 1971 hasta Noviembre 1973-; 2.º) La variación del contrato, superior a los límites de tolerancia -un 20%-.

habrán de ser, por lógica imposición de la naturaleza de las casas, posteriores a la cimentación; y es por ello por lo que, cual en caso similar se sostiene en la Sentencia de esta Sala de 2 Marzo 1981, R.J. 1981/922, que la alegada suspensión quedó enervada por la confección, existencia y efecto de las obras adicionales de cimentación; b) No ha concurrido la suspensión alegada por la parte apelante; en efecto, en el año 1971, se tramitan tres certificaciones que hacen un total de 1.517.180,73 ptas., pero dada la prioridad física en el orden constructivo de la adicional -cimentación- aparece llena de lógica la explicación del Arquitecto de que las obras realizadas, a que se refieren las certificaciones anteriores, fueron las del adicional de cimentación llevadas a cabo en los meses de Abril a Noviembre de 1971, no habiéndose parado las obras en espera de la aprobación de la adicional, pues para no interrumpir ni agravar la situación económica de la obra con el paso del tiempo, el valor de las realizadas del adicional se le certificó al contratista en partidas análogas del proyecto primitivo; y el señor C., al evacuar la primera audiencia, en su escrito de 25 Septiembre 1974, reconoce que la obra adicional está totalmente terminada; c) Tampoco se ha probado que exista la variación superior a un 20%. Que de lo anteriormente se deduce con claridad que, realizado el proyecto adicional, el contratista ha paralizado las obras y ha infringido la cláusula del plazo para su ejecución, incurriendo en la causa de resolución establecida en los Arts. 45 y 52-1 de la L.C.E.

Finalmente, en un Dictamen 53747 del Consejo de Estado, de 28 de Diciembre de 1989, se aclara que el contratista no puede paralizar las obras a pretexto de la necesidad, a su juicio, de un proyecto reformado. Si el contratista hiciera la advertencia y la dirección facultativa estimara innecesario dicho proyecto, quedará el contratista a salvo de toda responsabilidad por los defectos que puedan resultar a causa de unas eventuales deficiencias del proyecto inicial. Lo que en modo alguno es admisible es una paralización de las obras por tal motivo⁵⁵².

9. Contrato de concesión de obra pública.

9.1. Introducción.

En relación con el contrato de concesión de obra pública hay que tener en cuenta los siguientes preceptos:

1º) Art. 243, titulado “Modificación del proyecto”, dispone lo siguiente: “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en el Título V del Libro I y en el Art. 249.1.b). El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.

⁵⁵² La J.C.C., en su Informe 13/1975, de 22 de Abril de 1975, señala que se estima que la modificación del contrato, en virtud de reformas o ampliaciones del proyecto primitivo, que lleve consigo la suspensión temporal de las obras da lugar a las indemnizaciones a favor de la empresa. Los casos a) y b) sólo darían lugar a una prórroga del plazo de ejecución por causa no imputable al contratista, pero sin que esta prórroga conlleve revisión de precios de la parte de obra ejecutada fuera del plazo inicial.

2º) Art.249.1.b. Prerrogativas y derechos de la Administración.1.Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta Ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará las siguientes prerrogativas y derechos en relación con los contratos de concesión de obras públicas: ... Modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I. 2. El ejercicio de las prerrogativas administrativas previstas en este artículo se ajustará a lo dispuesto en esta Ley y en la legislación específica que resulte de aplicación. En particular, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario, en las modificaciones acordadas en la fase de ejecución de las obras que se encuentren en el caso previsto en el Art. 211.3.b) y en aquellos supuestos previstos en la legislación específica.

3º) El Art.250 se dedica a la Modificación de la obra pública. 1. El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en el Título V del Libro I, la modificación de la obra pública, así como su ampliación o, si concurren las circunstancias previstas en el Art. 171.b), la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias. 2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por lo dispuesto en el Art. 258⁵⁵³.3. Las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación.

En la actualidad, la presente redacción es idéntica al antiguo 163.2 L.C.A.P. y 74 L.C.E, y puede seguir entendiéndose como una excepción a la “*lex comissoria*”, en el sentido de que la alteración unilateral del objeto del contrato, no otorga a la otra parte,

⁵⁵³ Art.258. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. 1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra. Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el Art. 231. Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4º de la letra c), y en la letra d) del Art. 131.1. 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50% de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15% de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

la resolución del mismo (*exceptio inadimplendi*)-Art.1.124 C. Civil sino a una simple compensación económica.

Según M. Waline⁵⁵⁴ dicha compensación económica conduce al “FACTUM PRINCIPIS” y la teoría del riesgo imprevisible: son hechos del príncipe aquellos actos de la administración pública que agravan, sin culpa, la situación de un contratista de una colectividad pública.

Muchas Sentencias del Tribunal Supremo propician la obtención de una “compensación adecuada” en los supuestos de “riesgo imposible, o lo que es lo mismo, lo que se conoce como la teoría de la imprevisión”. S.T.S.,24/04/87.

En el mismo sentido la del 23.11.81 (Ar 5295) y SS.T.S., 04.03.97 (Ar 1608) y 11.06.86 (Ar 6768) “La revisión extraordinaria procederá de oficio o a petición de la Empresa o concesionario siempre que se produjera un desequilibrio a la economía de la Empresa o de la concesión, por circunstancias independientes de la buena gestión de una u otra.

Cabe añadir, finalmente, que tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan controvertidamente los supuestos encuadrados en el *factum principis*, por contraposición al “riesgo imprevisible” al tratarse las razones bien de carácter contractual o extracontractual. Sostiene García de Enterría⁵⁵⁵, que el fundamento extracontractual de la obligación de compensar o indemnizar (*factum principis*), supone, en cierta manera una responsabilidad extracontractual aunque liquidable en el seno de un contrato; por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de poderes rigurosamente extracontractuales, de un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato precisamente aseguraba.

Respecto a la teoría del “riesgo imprevisible” PEQUIGNOT⁵⁵⁶, es probablemente, quien mejor ha llegado a resumir lo que encierra este nuevo principio:

<<Cuando circunstancias imprevistas en el momento del mismo como tal gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso, por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever: cuando el déficit, sobre pasado los límites del riesgo normal, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contraste de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit, que le compense en parte de él>>.

De gran interés resulta el caso de las autopistas donde se han presentado varios litigios.

⁵⁵⁴ Listado por Badou, S., Le fait du Prince, Paris 1955, Pág.2.

⁵⁵⁵ Ver GARCIA DE ENTERRIA, E: “Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, Madrid 1954, Pág. 176.

⁵⁵⁶ Ver PEQUIGNOT, “Des contrats Administratifs » – Extrait du iuris-classur, Paris 1953 Fasc.511, Pág. 28.

9.2. La discusión sobre si hay o no modificación.

Esta cuestión se zanjó en el caso de las obras de mejora de la autopista Barcelona-La Junquera: enlace de Mollet⁵⁵⁷. Se empieza aclarando que el contenido de los contratos administrativos lo constituye el conjunto de pactos o condiciones que pueden

⁵⁵⁷ Ver S.T.S. de 21 Abril 1983, Ar.1956, Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roldán Martínez. Es recurso interpuesto por Autopistas Concesionaria Española, S. A. contra resolución de la Dirección General de Carreteras y Caminos vecinales de 15 Marzo 1978, sobre anteproyecto para modificación de la percepción del peaje en el enlace de Mollet de la Autopista Barcelona-La Junquera. El T.S., estima el recurso, declarando el derecho de la entidad demandante a ser compensada económicamente en la forma expresada en el núm. 8 del título 2.º del Pliego de Cláusulas de explotación de la Autopista Barcelona-La Junquera, aprobada por Orden Ministerial de 27 Julio 1966, que exige redacción de un convenio entre el Estado y la concesionaria en el que se precise y concrete el presupuesto de gastos de la obra realizada y demás factores que proceda a tener en cuenta para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión. La pretensión de nulidad que interesa no porque se oponga a que se revisen, reduzcan y diversifiquen la Tarifa de los usuarios del ramal de Mollet y restantes salidas de la Autopista en el tramo Barcelona-Granollers, sino en cuanto la Administración en las citadas Resoluciones califica a ese anteproyecto de modificación de la percepción del peaje en el enlace de Mollet de «obra completa» que forma parte de dicha Autopista y que constituye una unidad completa, imponiendo unilateralmente a la Concesionaria la construcción de ese ramal Mollet-Barcelona, de acuerdo con el anteproyecto redactado por la Concesionaria, sin compensación alguna, suprimiendo del Presupuesto de construcción la Partida Alzada de cien millones e indicándole que proceda a la redacción del correspondiente Proyecto de Construcción en el plazo máximo de dos meses, por estimar la actora que aunque entra dentro de las facultades de la Administración ordenar la modificación de una obra ya construida y del sistema de percepción de peaje o como asimismo la ejecución de nuevos ramales o ampliación de la autopista, pero, debe compensar al concesionario para que se mantenga el equilibrio económico-financiero, y, ese Proyecto de 31 Julio 1973, con relación al aprobado el 12 Agosto 1968, supone una modificación del trazado y del sistema de percepción, porque en el aprobado en 1973, no se incluía un control de peaje independiente para los ramales de enlace de Mollet, por ser de tipo abierto el sistema de peaje empleado para el tramo Barcelona-Granollers, con cobro del importe correspondiente a la totalidad del mismo, con independencia de que se utilizara en su totalidad o en parte, como lo confirma el hecho de las Tarifas únicas aprobadas para dicho tramo y la instalación de una sola barrera troncal de peaje, por lo que este último proyecto de 15 Marzo 1978, es un Proyecto Reformado para favorecer a los usuarios del trayecto Barcelona-Mollet obra nueva que se le debe compensar con el pago del importe del proyecto o de las obras que se le ordena ejecutar, tesis de la actora, contraria a la de la Administración demandada que entiende, de acuerdo con los dictámenes emitidos por el Consejo de Obras Públicas y la Comisión Permanente del Consejo de Estado que ya en el Proyecto del trazado Barcelona-Granollers de 1968, como en el anterior a la concesión que fue redactado por el Ministerio de Obras Públicas en base del cual se elaboró por la Concesionaria el aprobado en 12 Agosto 1968 Clave 1-B-314 se había previsto la instalación de una barrera de peaje en cada uno de los ramales de acceso al enlace, niega que la Dirección General de Carreteras haya autorizado recorridos de abono por el sistema de exacción de peaje de tipo abierto, sólo establecido para el tramo Barcelona-Granollers, pero no condicionaba que todos los recorridos abonasen peajes por el total del tramo al existir controles de peaje cerrado en los enlaces correspondientes, por lo que concluye afirmando al incluir el Proyecto de 12 Agosto 1968, un control de peaje en los ramales de enlace de Mollet, y ser abusivo aplicar el peaje correspondiente al recorrido mayor, en el caso de Barcelona-Mollet, hace manifiesto que la resolución de 15 Marzo 1978, no altera el equilibrio económico del contrato concesional ya que el Proyecto inicial redactado por Acesa con base en el original del Ministerio confeccionado antes de otorgarse la Concesión, incluía un control de peaje en los ramales de enlace de Mollet para percibir de los usuarios sólo el importe correspondiente al recorrido realmente efectuado por lo que la resolución impugnada al no hacer otra cosa que dar cumplimiento a aquella previsión inicial, hay que calificarla de obra completa que, en consecuencia no implica justificación de desequilibrio económico de la concesionaria, y, en todo caso, la utilización del sistema de peaje abierto que obligó a los usuarios a abonar cantidades superiores que han revertido a favor de la concesionaria, debe considerarse suficientemente compensada por la construcción de las obras ordenadas en 1978.

concertarse entre las partes y que se recogen en los diferentes Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas, que, por su carácter, a su vez, pueden ser Pliegos Generales y Particulares del Contrato, estos últimos son los que recogen el contenido negocial de cada contrato, que deberán aprobarse con anterioridad a la licitación en los contratos de obras, de gestión de servicios y los de suministro, cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato; con anterioridad a esta primera fase, existe otra preliminar o de preparación en la que, a su vez, se distinguen dos etapas sucesivas, una, esencialmente técnica, de concreción del objeto y cálculo de su coste, fundamentalmente en el contrato de obras, que culmina con la aprobación técnica del Proyecto; y otra, de naturaleza jurídica-administrativa, que concluye con la aprobación económica o autorización para contratar, con simultánea aprobación del gasto correspondiente, como fácilmente puede comprenderse, en los contratos de obras, la determinación del objeto es de excepcional importancia, no sólo por su complicada tecnología, sino también por la necesidad que la Administración debe realizar o aprobar el Proyecto técnico de una forma completa, detallada y definitiva, pues, de ser el Proyecto completo y detallado, asegura una correcta y regular ejecución de la obra, al tiempo que de reunir la cualidad de «definitiva», impide la producción de modificaciones o reformados, salvo los que sean consecuencia de circunstancias posteriores a su redacción y que fueren imprevisibles al momento de confeccionarse el Proyecto; de ahí, la previsión y cautela que la Ley y el Reglamento de Contratos regulan esta etapa preliminar de elaboración del Proyecto y la exigencia de una detallada comprobación por el Servicio u Oficina de Supervisión de Proyectos, con la exigencia de un replanteo que compruebe la idoneidad del Proyecto a las características físicas de los terrenos para asegurar la viabilidad práctica de las obras a ejecutar, siendo, por último necesario resaltar que el contenido material del Proyecto, conforme exige el Art. 21 de la Ley de 1965, deberá referirse necesariamente a «obras completas» entendiéndose por tales las que sean susceptibles de ser entregadas al uso o servicio correspondiente por comprender todos los elementos que sean precisos para la utilización de la obra, por lo que sólo deben calificarse como tales aquéllas cuyos proyectos resulten «completos» o «definitivos»; fuera de estos límites, si la obra a realizar procede de ulteriores necesidades a las que atiende el contrato, producidas con posterioridad a la elaboración del proyecto primitivo y que hubiesen sido imprevisibles al tiempo de ser confeccionado la obra a realizar, deberán ser calificadas de Reforma o complementarias.

Que el D. de 28 Octubre 1965 (RCL 1965\1933) sobre Autopistas Nacionales de peaje, en su Art. 2.º dispone que las autopistas serán construidas según el trazado establecido por el M.º de Obras Públicas y de conformidad con el Proyecto definitivo aprobado por el mismo, que las concesiones de peaje se otorgarán de acuerdo con las normas contenidas en la L.C.E., y en la de 22 Diciembre 1960, (RCL 1960\1724 y NDL 2509) sobre carreteras de peaje en tanto no se opongan a las disposiciones de aquélla, fijándose previamente por el M.º de Obras Públicas las Bases y Condiciones del Concurso para la construcción, conservación y explotación, Bases que fueron aprobadas por O. Ministerial de 27 Julio 1966 (RCL 1966\1439, 1876) para la Autopista Barcelona-La Junquera estableciendo en su Base 1.ª que esta autopista se divide en los siguientes tramos: a) Barcelona-Granollers, b) Granollers-Massanet, c) Massanet-Gerona y d) Gerona-La Junquera; del primero de los tramos, Barcelona-Granollers,

existía proyecto en el M.º de Obras Públicas a la disposición de la adjudicataria iniciándose en la Avda. Meridiana y termina en el enlace que la autopista tiene en la carretera provincial 50.2 de Masnou a Granollers pero, permitiendo a los licitadores alterar la longitud de los tramos o su número siempre que se justifique la conveniencia por ser simplemente indicativa la división establecida sólo a efectos de programación permitiendo, en consecuencia, a los concursantes y adjudicatarios modificaciones en los proyectos y anteproyectos técnicos, redactados por el Ministerio, en especial el régimen de accesos y el de las áreas de servicio (Base 4.ª núm. 6) aprobadas por la Orden Ministerial de 27 Julio 1966, el Pliego de Cláusulas de Explotación de la referida autopista de peaje, en el Título II, referido a la construcción de la misma autoriza a la Empresa concesionaria a que, sobre la base de los proyectos redactados por el Ministerio realice las adaptaciones precisas para su explotación, así como las rectificaciones o modificaciones de los proyectos, pero, con la exigencia de que sean previos al inicio de las obras y sean también previamente aprobadas técnicamente por el M.º de Obras Públicas y, en el Título III, destinado a regular la explotación de la Autopista, en su núm. 4.º sobre la exigencia del peaje, dispone que las tarifas diversificadas se exigirán a cada usuario «por tramos completos definidos de recorrido, siendo irreducibles en su percepción, de manera que no producirá derecho de devolución el haber recorrido una distancia inferior a la total de cada tramo».

Que de toda esta normativa y examen de los antecedentes administrativos incorporados al expediente remitido por la Administración se llega a la conclusión que el Proyecto de 12 Agosto 1968, confeccionado por la Concesionaria y aprobado por la Administración, fue una simple aplicación de la autorización concedida por las Bases de Construcción aprobadas para esta Autopista por la citada Orden Ministerial de 27 Julio 1966, que permitía a la adjudicataria introducir modificaciones en los proyectos y anteproyectos técnicos redactados por el M.º de Obras Públicas, en especial el régimen de accesos (Base 4.ª), adaptando la concesionaria aquel Proyecto original del Ministerio para su explotación, por lo que, aunque en ese Proyecto de 1968, no se diga nada, lo cierto es que en el original del Ministerio y en el Pliego de Cláusulas Administrativas y en el de Bases a regir en la explotación de la referida Autopista, estaba prevista la inclusión de un control de peaje en cada acceso que permitiese percibir de los usuarios de dicho enlace la suma correspondiente al recorrido realmente ejecutado por lo que el Proyecto de 1968, sólo afectó a las modificaciones que en él se detallan, de lo que se infiere que no se trata de un error sino de una acertada apreciación de hechos calificar de obra integrante de la autopista este Proyecto aprobado en 12 Agosto 1968, que no alteró los proyectados controles de peaje por lo que no procedería reconocer a la concesionaria compensación económica por la ejecución en 1978, de ese último Proyecto por tratarse de una obligación asumida en el contrato concesional que forma parte de la autopista proyectada; pero lo cierto es y está suficientemente acreditado en el expediente, que ese Proyecto aprobado en 12 Agosto 1968, no tuvo posterior desarrollo no llegó a materializarse con la ejecución de la obra, sino que, a consecuencia de dificultades surgidas al paralizarse los estudios de la oficina de Proyectos referentes a la construcción del llamado tercer cinturón de Barcelona que tuvo necesidad de variar el trazado para fijar en su nuevo punto el emplazamiento para dar continuidad a la autopista, unido a la necesidad de no demorar la construcción para la puesta en servicio del enlace con Mollet, la concesionaria formuló una nueva propuesta del enlace con Mollet, que favorablemente informado por los servicios del M.º de Obras Públicas

implicaba un reformado del Proyecto 1-B-314 del tramo Mollet-Granollers, sustituyendo así este Proyecto aprobado por la Administración por Resolución de la Dirección General de Carreteras de fecha 31 Julio 1973. (Doc. nº 5 del Expediente) al del 12 Agosto 1968. Este Proyecto de 1973, modificó el primitivo trazado del enlace con Mollet, Clave 1-B-314 que preveía la instalación de barreras de peaje en los ramales del mismo de acceso a la autopista que cambió, estableciendo un sistema de peaje abierto para el tramo primero (Barcelona-Granollers), y situando sólo una barrera troncal, sin discriminación de tarifas para dicho tramo cualquiera que fuese la salida de la autopista, como así lo confirman las Tarifas aprobadas por la Administración, tarifas únicas, para dicho tramo, este Proyecto sí se llevó a la realidad, fue construida la obra a costa de la concesionaria, aprobadas por la Administración en 24 Julio 1975 y autorizada su puesta en servicio en fecha 4 Agosto 1975, varió la traza del primitivo y también el sistema de percepción de peaje cerrado por el de peaje abierto y fue calificada por la Administración y por la concesionaria que dicha obra formaba parte de la autopista y constituía una obra completa, de lo que es obligado deducir que al ordenar posteriormente la Dirección General de Carreteras, a instancia del Ayuntamiento de Mollet que la Concesionaria presentase ese otro posterior anteproyecto de 1978, para solucionar el perjuicio económico que se ocasionaba a los usuarios del enlace de Mollet, con el cobro de la Tarifa única a fin de volver a diversificar las Tarifas, lo que conllevaba variar de nuevo el trazado y las instalaciones, obras que implican una fuerte inversión, calculada por la Concesionaria del orden de los cien millones más otros diez de gastos anuales de explotación aceptó su ejecución pero condicionando a que el importe de las mismas no corriese de su cuenta, lo que no fue aceptado por el Centro Directivo que, por Resolución de 15 Marzo 1978, impuso a la Concesionaria la obligación de redactar el Proyecto ajustado al anteproyecto que tenía presentado, pero con supresión en el Presupuesto de Construcción, de la Partida alzada de 100 millones ordenándole que en el plazo máximo de dos meses entregue el Proyecto en el expresado Centro directivo, Resolución que es la impugnada, no ofreciendo duda que este Proyecto no merece ser definido como una unidad completa de obras, que forme parte de la Autopista que implique una obligación contractual sino que en realidad se trata de un verdadero Reformado, reforma el trazado del enlace a Mollet y del sistema de percepción del peaje, es decir, modifica la obra ya ejecutada conforme el Proyecto aprobado por la Administración en 31 Julio 1973, a que ya hemos hecho referencia; tema distinto sería decidir si la Administración debió o no aprobar ese Proyecto de Reformado del tramo Mollet-Granollers de 1973, cuestión que esta Sala no va a entrar a examinar por carecer de competencia para hacerlo, pero sí afirma a la vista de todo lo que se deja expuesto, que el Proyecto ordenado redactar a la Concesionaria por la Resolución de 15 Marzo 1978, para modificación del peaje en el enlace de Mollet, con el fin de diferenciar el tráfico que utiliza el ramal Mollet-Barcelona, con relación al de 1973 y la obra realizada en ejecución de éste, supone un cambio o modificación que ya no reúne los requisitos exigibles para calificarlo de «unidad de obra completa», la modificación del trazado y del sistema de cobro que este Proyecto de 15 Marzo 1978, implanta, aunque había sido incorporado como elemento integrante del contrato concesional por estar previsto en el original Proyecto redactado por el Ministerio antes de adjudicar la concesión, pero, no es menos patente que fue afectado por la Resolución de 31 Julio 1973, ya citada, por la que la propia Administración aprobó el sistema de peaje de tipo abierto para el tramo Mollet-Granollers y enlaces con Barcelona, de conformidad a lo establecido en la Cláusula 41 del Pliego de Cláusulas Generales para

la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de peaje por lo que procede considerar el cumplimiento de la Resolución de la Dirección General de Carreteras de 15 Marzo 1978, como una modificación de la autopista, con la necesaria trascendencia para aplicar los Arts. 24 y 25 de la Ley de 10 Mayo 1972, (RCL 1972\878) al haberse producido en 1973 una modificación en el sistema de cobro, aceptada por la Administración, en el tan repetido enlace de Mollet con la Autopista Barcelona-La Junquera, por lo que procede reconocer a la Concesionaria demandante el derecho a ser compensada económicamente por la inversión que supongan las obras que la Administración ha acordado que se realicen en las Resoluciones impugnadas, de conformidad a lo dispuesto en el núm. 8.º del Título II del Pliego de Cláusulas de explotación aprobadas por la Orden Ministerial de 27 Julio 1966, para la Autopista Barcelona-La Junquera deberá fijarse siguiendo el procedimiento que en dicho precepto se establece de que toda modificación que se introduzca para mejorar las condiciones de la Autopista, implicará la redacción de un Convenio que recoja las particulares condiciones a que haya de sujetarse la realización de las obras, correspondiendo al Gobierno la aprobación de dicho Convenio previo dictamen del Consejo de Estado. La Resolución de 31 Julio 1973, modificó y sustituyó el acto administrativo de 12 Agosto 1968, que nunca se llevó a la práctica.

9.3. La Cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973 de 25 de Enero y el derecho a indemnización.

La Cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973 de 25 de Enero, modificado por los Reales Decretos 1876/1981 de 20 de Agosto y 210/1990 de 16 de Febrero, conforme a la cual «en la ejecución de las obras el concesionario deberá ajustarse estrictamente a los proyectos aprobados. No obstante lo anterior, excepcionalmente se podrán acordar modificaciones en las obras que sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos bien a petición de la Administración, bien a petición del concesionario. En cualquier caso, corresponderá al Ministerio de Obras Públicas autorizar la redacción de las correspondientes modificaciones de los Proyectos, así como su aprobación, una vez presentadas»; estableciendo la cláusula 74 que la responsabilidad patrimonial de la Administración, en todos los casos, quedará limitada convencionalmente a la cantidad prevista para el costo de las obras en la oferta presentada por el concesionario, incrementada, en su caso, por los aumentos de las modificaciones de los proyectos aprobados, producidas a requerimiento de la Administración.

En relación con esta cláusula cabe citar un asunto de Mayo de 2008⁵⁵⁸. Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, SA. (AUSUR), interpuso recurso de casación contra la Sentencia dictada el 20 de Julio de 2006 por la Sección Tercera de la

⁵⁵⁸ Ver S.T.S., de 12 de mayo de 2008, 2465/2008, Sección: 4, Nº de Recurso: 478/2007, Ponente: Dª. CELSA PICÓ LORENZO.

Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J., de Madrid⁵⁵⁹ en el recurso contencioso administrativo que desestima el recurso formulado por aquella contra

⁵⁵⁹ El Tribunal de instancia declara que debe partirse de la presencia de un contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje por lo que no es un mero contrato de obras sino que se rige por su propia normativa que identifica. Subraya, además, la necesidad de respetar el equilibrio económico financiero. Examina si las distintas y mayores obras ejecutadas responden a modificaciones ordenadas por la Administración. Parte de que el *ius variandi* de la Administración concedente, está reconocido en la cláusula 65 del Decreto 215/1973, de 25 Enero, por el que se aprobó el Pliego de Cláusulas Generales para construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión. Tras ello razona "que las modificaciones en las obras, además de tener carácter excepcional y tener que responder a necesidades nuevas o a causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse los proyectos, siempre deben de ser acordadas por la Administración, no pudiendo ser acordadas por el concesionario, siendo lo único que éste puede hacer solicitarlo de la Administración estando a lo que ésta resuelva acerca de si las autoriza o no". Y valora que no consta que las obras cuyo importe se reclama fueran ordenadas ni acordadas por la Administración concedente, así como tampoco que el concesionario solicitara se le autorizara su realización y aprobación por la Administración antes de realizarlas. Destaca que fue "la Administración la que, al detectar que se habían introducido variaciones en la obra, requiere al recurrente la redacción del Modificado para el conocimiento y constancia de las obras realmente realizadas y sin que la aprobación del Modificado a posteriori (aunque las obras contenidas en el mismo pudieran ser adecuadas y contener una correcta e incluso mejor ejecución de lo proyectado) pueda equipararse al necesario acuerdo previo de la Administración de modificación de las obras ni interpretarse que se trata de obras autorizadas por la Administración, ya que en absoluto consta en el procedimiento que la Administración tuviera voluntad de introducir modificaciones en las obras ni que hiciera uso del *ius variandi* en la forma establecida en la cláusula 65 del Decreto 215/1973, debiendo de recordarse asimismo que el Proyecto inicial fue redactado por la recurrente y que, siendo su obligación la construcción de la autopista con todos los elementos necesarios para su uso, debió de prever todo lo necesario para realizarlo correctamente". Añade que tampoco consta que el Inspector de Construcción, nombrado por la Administración al que la recurrente considera el representante de la Administración en la obra, "ordenara la ejecución de las nuevas y distintas obras, no existiendo prueba alguna de ello, sin que el hecho de que la recurrente al elaborar el Proyecto Modificado mencionara en el epígrafe 1.1.12.21 de la Memoria determinadas obras ejecutadas para otros organismos «ordenadas por el Inspector de Construcción» y que éste al informar el Proyecto no lo modificara, acredite que realmente fueron obras ordenadas por el Inspector, no existiendo constancia documental alguna de la existencia de tales órdenes a las que tampoco hace referencia en momento alguno el Inspector al informar al Proyecto Modificado (documento núm. 23 de la demanda)". Resalta que "Las obras nuevas solicitadas por otros organismos (Ayuntamientos, Confederación Hidrográfica del Segura etc.) para aumentar drenajes, mejorar las condiciones hidráulicas de un colector, permitir el registro de dos conducciones de aguas residuales, modificación de un túnel bajo Paso Superior existente en Pilar de la Horadada, modificación de tres rotondas conforme a los diseños de la Generalitat Valenciana, tratamiento de cimentación de varios terraplenes, reposición del paso superior de Pilar de la Horadada y una nueva rotonda en Pilar de la Horadada y modificación de las características del vial y rotondas del polígono industrial «La Fábrica» en Daya Nueva, tampoco constan ordenadas por la Administración concedente, sino indicadas por los organismos mencionados, sin que por tanto puedan ser consideradas modificaciones en las obras a instancias de la Administración en los términos de la cláusula 65 del Decreto 215/1973, entendiéndose además que si diversos Ayuntamientos y entes públicos afectados por la construcción de la autopista dirigían recomendaciones y solicitudes a la recurrente sobre aspectos de las obras que, en unos casos suponían modificaciones del Proyecto inicial, y en otros, obras nuevas no previstas en el mismo, la concesionaria, antes de realizar las obras, debió de poner los hechos en conocimiento de la Administración concedente para que resolviera acerca de si realmente eran obras necesarias, si las autorizaba ó no y de qué forma, y no ejecutarlas por su cuenta y después reclamarlas a la Administración". Y en relación a las obras denominadas «Reposiciones de servicios en Tramo II» por importe de 3.744.810 € (P.E.C.+I.V.A.) que afirma la recurrente fueron ordenadas expresamente por el Inspector de Construcción en escrito de 5 de Octubre de 2000, (documento núm. 60 de la demanda) concluye que "no resulta del documento mencionado, toda vez que en el mismo se relata que diversos afectados por las obras de la autopista habían dirigido escritos a la Inspección con diversas reclamaciones de las que se instaba al concesionario a que les diera una solución, informando puntualmente a la

Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 29 de Noviembre de 2002, que desestimó el recurso de alzada formulado contra Resolución de fecha de 29 de Junio de 2001 del Director General de Carreteras que al aprobar el Proyecto de Modificación nº 1 de la Autopista de peaje Alicante- Cartagena, tramo A-7 hasta Cartagena, dispuso que el presupuesto de contrato sería el vigente por lo que rechazó la pretensión de abono de 10.238.181,29 € en concepto de importe de obras ejecutadas no previstas en el proyecto inicial.

Entiende la Administración en el caso presente que las obras incluidas en el Proyecto de la Modificación núm. 1, que dan lugar a un exceso sobre el presupuesto vigente, no corresponden a obras que hayan sido previamente autorizadas y aprobadas por la Administración, ni producidas a requerimiento de ésta, por lo que no puede serle exigida a la Administración la obligación de asumir su mayor coste, así como que es esencia del contrato de concesión de obra pública el que la Administración no se hace

Inspección de las medidas adoptadas, reclamaciones que se hacían constar en el escrito, que a continuación se transcriben y que no se refieren a las reposiciones reclamadas por el recurrente en concepto de abastecimiento de agua y riego en el tramo II por tan elevado importe, ni se ordena al concesionario la realización de obras fuera de proyecto sin informar a la Inspección, siendo las reclamaciones a que se refiere el escrito de la Inspección de 5 de Octubre de 2000, las siguientes: 1) D. José Carlos: reclama un estaquillado y medición definitiva de la parcela que le ha sido expropiada; reclama la reposición de la valla de cerramiento de su finca; solicita la limpieza de los cítricos colindantes con la autopista del polvo ocasionado por las obras; reclama contra la colocación de unos apoyos de tendido eléctrico dentro de su finca; solicita la reposición de los caminos de acceso a su finca. 2) D. Evaristo, D^a. Ángeles y D^a. Olga, esta reclamación es reiteración de la que les fue remitida por esta inspección con anterioridad (31.07.00 = RS núm. 541) y con relación a la cual no se ha recibido contestación hasta el momento. En ella solicitan que se estudie una solución para la salida de las aguas de lluvia y se les autorice el cerramiento de su finca. Con relación a dicho cerramiento, deberá esa Sociedad informar debidamente respecto a la situación de la parcela en cuestión y del cerramiento solicitado, con relación al tronco de la Autopista. 3) D. Víctor: reclama contra la instalación en la finca de su propiedad de un cajón de cemento de un metro de altura para unir dos tuberías construcción que según el reclamante no tiene ningún sentido ni fundamento. El mismo señor en relación con otras dos parcelas indica que dichas fincas se le llenaron de tierra y piedras sin que tras finalizar los correspondientes trabajos se haya procedido a la retirada de la tierra y piedras indicadas. Señala también que en las referidas parcelas todavía no se ha procedido a reponer el riego ni una arqueta habiéndose tapado una tubería allí existente. En ambos casos el Sr. Víctor solicita una medición contradictoria con citación de la propiedad. 4) D^a. Laura, D. Bruno, D. Matías y D. Jesús Ángel exponen todos ellos su preocupación por el uso que se está haciendo del camino de servicio de su propiedad por camiones de gran tonelaje, sin encontrar persona alguna responsable de los daños que se están ocasionando en dicho camino y de su correspondiente reparación". En relación con el documento núm. 55 de la demanda referente a las reclamaciones de los afectados en el T.M. de los Montesinos (Alicante), varias parcelas, pertenecientes a la relación de bienes y derechos afectados por el expediente de expropiación forzosa de las obras de construcción de la autopista, "tampoco consta que la Administración esté ordenando ni aprobando la ejecución de obras fuera del proyecto inicial sino que está dando traslado de los escritos a la recurrente para que le informe sobre la exacta situación de los servicios afectados y las previsiones a adoptar para su adecuada reposición, entendiéndose que ante tal requerimiento si la concesionaria estimaba que para la reposición de los servicios debía de realizar obras que supusieran modificación ó ampliación del proyecto inicial debió de ponerlo en conocimiento de la Administración para que las autorizara expresamente". Finalmente sobre la posibilidad de compensación del concesionario pasa también por acreditar que ello le ha producido un desequilibrio económico-financiero en la concesión y en qué medida considera que aquí el recurrente "se ha limitado a reclamar de la Administración el importe de las obras ejecutadas sin aportar un nuevo estudio técnico en que se refleje su concreta influencia en el estudio económico financiero realizado al tiempo de celebrarse el contrato, y tampoco las correcciones y ajustes a realizar en el mismo".

cargo de coste de construcción alguno siendo la empresa concesionaria la que asume la construcción de las obras a cambio del derecho a explotarla económicamente una vez construida". La pretensión económica de las obras que afirma la recurrente son claros ejemplos del *ius variandi* de la administración atendiendo al requerimiento verbal del Inspector de Construcción, frente a lo que la oposición de la administración sustentada en los mismos argumentos contenidos en la resolución administrativa denegatoria en cuanto se trataba de obras ejecutadas por la demandante sin la previa autorización y aprobación del Ministro como requería la cláusula 65 del Pliego General en relación con la 10 del Pliego del Concurso.

La empresa alega un primer motivo al amparo del Art. 88.1. d) L.J.C.A., por infracción de la regla de interpretación de los contratos establecida en el Art. 1282 C. Civil. Aduce que existen numerosos actos que acreditan que existen obras que se realizaron por requerimiento de otras administraciones y organismos públicos reflejadas en el Proyecto modificado y que el Inspector estuvo al corriente de la ejecución, todo lo cual consta en la Sentencia. Entiende que al gozar el Inspector de Construcción de la "apariencia de efectiva potestad" en relación con la doctrina del enriquecimiento injusto debe entenderse que las obras "indicadas" fueron realizadas a instancia de la administración. Sostiene que se ha utilizado al concesionario como escudo para no ordenar formalmente las obras. Cita prolija legislación sobre carreteras y coordinación administrativa para concluir que las obras fueron realizadas con el pleno conocimiento de la administración para prosperar el derecho a la compensación solicitada.

Explica el T.S., que vistos los motivos del recurso y el contenido de la Sentencia resulta oportuno aceptar lo argumentado de forma concisa y clara por el Abogado del Estado en su escrito de oposición⁵⁶⁰ cuando afirma: a) No consta que las obras ejecutadas cuyo importe se reclama fueran ordenadas ni acordadas por la Administración concedente. b) Tampoco consta que el concesionario solicitara que se le autorizase a realizar dichas obras y su aprobación antes de ejecutarlas. c) Consta que fue la Administración la que, constatado que se habían ejecutado determinadas obras no incluidas en el proyecto, la que requiere al concesionario para que redacte el modificado para conocimiento y constancia de dicha variación. d) No consta que el inspector de construcción nombrado por la Administración ordenara la ejecución de nuevas y distintas obras, no existiendo prueba alguna de ello. e) No hay constancia documental alguna de las presuntas órdenes del inspector de construcción. f) No consta que la Administración ordenase obras nuevas solicitadas por otros organismos que se limitaron a indicarlo. g) No consta que las obras indicadas por otros organismos fueran puestas en conocimiento de la Administración antes de su ejecución. h) En relación con las obras denominadas "Reposiciones de servicios en el tramo II", no se acredita que fueran ordenadas por el inspector de construcción. i) En relación con las parcelas a que se refiere el documento 55 anejo a la demanda no consta que la Administración ordenase

⁵⁶⁰ Objeta el motivo el Abogado del Estado por varias razones. Una porque la interpretación de los contratos constituye una cuestión de hecho perteneciente a la instancia. Dos, porque se pretende variar la valoración de la prueba. Tres, porque queda acreditado que las modificaciones fueron decididas por la concesionaria. Cuatro, porque el enriquecimiento sin causa decae cuando las obras son ejecutadas sin autorización de la administración. Quinto, porque el Inspector de construcción no ordenó la ejecución de las obras. Sexto, porque las partes han de estar al contrato y los documentos contractuales. Y finalmente porque el riesgo del contrato corresponde al contratista.

ni aprobase la ejecución de obras fuera del proyecto inicial limitándose a dar traslado al demandante de los escritos presentados por los propietarios a los efectos de que se le informase de la exacta situación de los servicios afectados y las previsiones que sería necesario adoptar. Los anteriores asertos encuentran su cobertura en los hechos declarados probados por la Sentencia cuyos argumentos esenciales hemos reproducido en fundamento precedente. Hechos a los que debe atender este Tribunal pues la valoración de la prueba incumbe al Tribunal de instancia, siendo solo revisable en casación cuando incurriere en error notorio, fuere irracional o quebrantase las reglas de valoración de la prueba tasada supuestos, ni esgrimidos ni acontecidos. Lo acabado de exponer conduce a que puedan ser examinadas conjuntamente los distintos motivos, pues defienden esencialmente que la administración contratante ordenó la realización de las obras controvertidas incurriendo, por ello, en un enriquecimiento injusto del que debe ser resarcida la contratista. Situación que no ha acontecido y que conduce a la desestimación de todos los motivos aunque desgranemos las particularidades de cada uno. Respecto del primero no existe violación del Art. 1.282 C. Civil en la interpretación del contrato efectuado por la Sala de instancia a la que corresponde dicha función salvo error patente. El Tribunal Sentenciador subraya que las obras en cuestión no fueron ordenadas por la administración contratante, sino indicadas o peticionadas por otras administraciones u organismos -Ayuntamiento, Comunidades de regantes, etc.-, situación ésta que veda pueda atribuirse a la contratante la exigencia de las mismas. Falla no solo la existencia de orden expresa de la administración contratante sino también la aquiescencia tácita esgrimida por la recurrente al socaire de que las obras pretendidas por administraciones ajenas a la contratante deben recibir el mismo tratamiento jurídico que las efectuadas por la administración contratante.

Independientemente de la existencia de diversos intereses públicos en conflicto surgidos con ocasión de la construcción de una autopista es evidente que la relación jurídica de la contratista la vinculaba exclusivamente con la administración que adjudicó a su favor la concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Alicante-Cartagena. De entender era necesario realizar obras que no fueran consecuencia del Proyecto por ella elaborado incumbía a la misma interesar la autorización de la administración con anterioridad a su ejecución, tal cual subraya la Sentencia de instancia. Contrato que, no debe olvidarse, se desenvuelve en el marco de un concurso en el que la administración elaboró un Anteproyecto que sirvió de base al mismo por un determinado Presupuesto, 154.911.474, 66 €, que un año después, al aprobarse el Proyecto de trazado se eleva a 221.473.588,20 € con imposición primero de 66 prescripciones a cumplir por el concesionario a las que posteriormente se añadieron 32 más por su ausencia en el Proyecto presentado por la contratista. La falta de oposición del Inspector de obras de la administración a la realización de las antedichas obras no puede ser calificada, como pretende la recurrente, de una orden implícita máxime si se tiene en cuenta, como declara la Sentencia de instancia, que al ser la recurrente la redactora del Proyecto debió prever todo lo necesario para realizarlo correctamente. La reposición de los servicios previos, incluyendo tuberías de aguas, no puede calificarse como circunstancia que no hubiera habido de ser tomada en cuenta al confeccionar el proyecto. Tampoco la implantación de infraestructuras urbanísticas derivadas del planeamiento ni los drenajes de aguas pluviales. Aspectos todos ellos que constituyen algunas de las reclamaciones efectuadas a la contratista respecto de las que el Inspector de Construcción interesó información. En la Sentencia de 27 de Abril de

2007, recurso de casación 6924/2004 se reproducía en su penúltimo fundamento de derecho lo anteriormente manifestado en las Sentencias de 20 de Mayo y 24 de Noviembre de 2.004. "Es cierto que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. También lo es que ese quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha; pero no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado. Es decir: la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado. En estos supuestos el quebrantamiento del principio de confianza legítima tan solo podrá llevar consigo la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados al administrado como consecuencia del mismo, procedimiento que ha de seguirse de acuerdo con lo establecido en los Arts. 5º, y concordantes del R.D. 429/93, que se remite a lo previsto en el Art. 70 de la Ley 30/92."

Un segundo motivo al amparo del Art. 88.1. d) L.J.C.A., por infracción de los principios generales de buena fe y confianza legítima, Art. 3.1. L.R.J.A.P.A.C., en relación con el Art. 1.593 C. Civil que reputa de aplicación supletoria en el ámbito administrativo. Con mención de amplia jurisprudencia argumenta si es pensable asumir unas obras por coste superior a más de 1.700 millones de ptas., sin tener la confianza en que iban a ser compensados⁵⁶¹. El T.S., expone que con arreglo a lo acabado de transcribir en relación con lo consignado en precedentes razonamientos resulta obvio, pues, que el segundo motivo no se puede acoger. Ningún acto hizo la administración contratante que pudiera hacer presumir el pago de las obras realizadas sin su autorización. Insiste la recurrente en que hubo un consentimiento tácito para la realización de las obras en razón de que fueron conocidas por el Inspector de la Construcción mas ya hemos explicitado en el apartado anterior que tal conocimiento y la remisión de comunicaciones de algunos particulares para que diera respuesta a la ausencia de reposición de diversos aspectos de la obra no puede reputarse orden tácita de nuevas obras en un ámbito como el cuestionado. De entender la contratista que tales obras no constituían prescripciones expresas o implícitas al proyecto sino necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto -tal cual estatuye el Art. 65 del Pliego de Cláusulas Administrativas- debía haber requerido de la Administración autorización al respecto para efectuarlas mas no realizarlas directamente sin la anuencia de la administración contratante. Es necesario reiterar que no se trata de

⁵⁶¹ Tampoco acepta el motivo el Abogado del Estado que rechaza la vulneración del principio de confianza legítima. Insiste en el riesgo y ventura del contrato así como que la ruptura del equilibrio económico solo se corrige conforme a los mecanismos establecidos en la ley.

unas obras ordinarias sino de la concesión para la construcción y explotación de una autopista previa redacción del proyecto de obras tras la confección de un anteproyecto por la administración contratante. En nuestra reciente Sentencia de 27 de Abril de 2008, recurso para la unificación de doctrina 299/2005, hemos recordado la esencia de la doctrina sobre el enriquecimiento injusto partiendo de que la S.T.S., de 21 de Marzo de 1991, afirma que "el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara". Asimismo citábamos nuestras Sentencias de 18 de Diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de Octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de Julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, sobre que la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 25 de Febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de Diciembre de 1983 y 2 de Abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto. O en términos de la Sentencia de 18 de Julio de 2003, el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración. Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de Diciembre de 1983, 2 de Abril de 1986, 11 de Mayo de 1995, 8 de Abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (Sentencias de 12 de Febrero de 1979, 12 de Marzo de 1991, 4 de Marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (Sentencia de 22 de Noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001). Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (Sentencia de 13 de Julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes. Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (Sentencia de 11 de Julio de 2003, recurso de casación 9003/1997). Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (S.T.S., 24 de Julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). Doctrina que conduce a la desestimación del tercer motivo⁵⁶²,

⁵⁶² Un tercer motivo al amparo del Art. 88.1.d) L.J.C.A., por infracción del principio que prohíbe el

amparado en la doctrina desarrollada por este Tribunal, y en el criterio vertido por el Consejo de Estado en distintos dictámenes sobre construcción de líneas de ferrocarril, obras de construcción de una presa, mejora y seguridad vial de una autopista. Despejamos lo primero que la doctrina emanada del Consejo de Estado no constituye doctrina legal por lo que carece de viabilidad su invocación. Sin embargo, no está de más repetir como ya se ha venido diciendo, que el contrato aquí cuestionado no es un contrato de obras exclusivamente que constituye la esencia de la anterior doctrina sino una concesión de obra pública para construir, explotar y conservar una autopista. Por ello, a tenor de lo ya anticipado en fundamentos precedentes, no puede prosperar el motivo al no darse las circunstancias examinadas en la jurisprudencia citada. Tiene razón la recurrente cuando afirma que es incuestionable que la concesionaria puede solicitar la modificación de las obras, conforme al Art. 24.3 de la Ley de Autopistas, 8/1972, de 10 de Mayo, sin repercutir en un aumento de tarifas y la cláusula 65 del Pliego General, mas omite que tal modificación para llevar aparejado el subsiguiente resarcimiento económico, fuere por la vía de la indemnización económica, fuere por la alternativa de la ampliación del plazo vigente de la concesión, requiere que las obras hubieren sido autorizadas por la administración con anterioridad a su ejecución, supuesto aquí ausente. Autorización previa que, por razones de interés público, también contempla la nueva normativa establecida en la Ley 3030/2007, de 30 de Octubre, de contratos del Sector Público al regular en su Título II, Capítulo II el contrato de concesión de obra pública y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. No se acoge el cuarto motivo.

Finalmente en el quinto motivo, al amparo del Art. 88.1.d) L.J.C.A., aduce infracción del Art. 385 L.E.C., en relación Arts. 24 y 25 *bis* de la Ley de autopistas y las cláusulas 101 y 102 del Pliego para autopistas. Discrepa del fundamento sexto de la Sentencia que afirma que el desequilibrio ha de ser probado. Aduce que un incremento de la índole del aquí producido evidencia el desequilibrio reclamado para mantener equilibrado el contrato. Reputa tautológica la invocación del articulado en que se apoya el motivo. Insiste en que no se ha demostrado el desequilibrio. Por último discrepa de la pretendida rectificación del error material cometido en instancia al transformar la suma peticionada de ptas., a € a la que se refiere la recurrente.

enriquecimiento injusto desarrollado por la jurisprudencia (S.T.S. de 15 de Abril de 2002, con cita de otra muchas). Aduce, cita de diversos ejemplo contenidos en Dictámenes emitidos por el Consejo de Estado con relación a distintos contratos, que es práctica generalizada la tramitación de proyectos modificados con posterioridad a la ejecución de las obras. Asimismo es refutado por la administración que niega la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto cuando el contratista ejecuta obras sin la autorización de la administración. Un cuarto, al amparo del Art. 88.1.d) L.J.C.A., por infracción de lo establecido en el Art. 25 bis de la Ley de Autopistas, Ley 8/1972) en relación con los Arts. 14.1 y 100.1 de la L.C.A.P. Esgrime que la Ley de Autopistas permite al concesionario llevar a cabo modificaciones en aras del interés público siempre que sean autorizadas y aprobadas por la administración. Pretende el abono en metálico de tales obras sin que repercuta en las tarifas. Mantiene que en el supuesto de que las obras hubieren sido solicitadas por la concesionaria también tiene derecho a la compensación económica para restablecer el equilibrio económico financiero. Insiste en que las obras han sido incorporadas, presupuestadas y aprobadas por la administración concedente en un Proyecto modificado. También es rechazado por el Abogado del Estado que niega que el Art. 25 bis de la Ley de autopistas consagre que toda modificación lleve aparejada compensación económica. Insiste en que se tengan en cuenta los hechos probados de la Sentencia que declaran que las obras no fueron autorizadas con anterioridad a su realización.

El T.S. entiende que tampoco prospera el motivo relativo a la infracción de los Arts. 24 y 25 *bis* de la Ley de Autopista 8/1972 ni de las cláusulas 101 y 102 del Pliego de Cláusulas generales de autopistas aprobado por el decreto 215/1973, de 25 de Enero. El Art. 24 de la Ley se invoca por que la recurrente aduce que la obligación que se le impuso rompió el equilibrio económico financiero de la concesión, mientras la norma estable que la administración deberá compensar al concesionario de forma que se mantenga su equilibrio económico financiero. Por lo mismo esgrime la cláusula 102 del Pliego de Cláusulas generales de autopistas que dice lo siguiente "si como consecuencia de la aprobación de los proyectos redactados por el concesionario la Administración introdujera modificaciones en los mismos que entrañaren contradicción con el anteproyecto aprobado y válidamente modificado en su caso, éstas darán origen a aumento de las tarifas autorizadas o a las compensaciones que sean pertinentes, de modo que se mantenga el equilibrio económico-financiero de la Sociedad concesionaria". Nada argumenta respecto al Art. 25 *bis* de la Ley de autopistas y la cláusula 101 del Pliego pese a invocarlos. Y, en cambio de la lectura de la antedicha cláusula, se colige la necesidad de que la modificación fuere acordada por la administración. Ya se ha expuesto reiteradamente que en este supuesto no se trata de modificaciones impuestas por la Administración con posterioridad a la adjudicación del contrato por lo que el motivo no puede prosperar. Sin perjuicio de ello procede añadir que no basta con alegar el Art. 385 L.E.C., en cuanto a que un incremento de 1.700 millones de ptas., en el coste de las obras necesariamente tiene que repercutir en la fase de explotación. El riesgo concesional es inherente al contrato y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha de respetar los cauces legales.

9.4. El caso Aucosta.

Ya en 2013⁵⁶³, La Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Audiencia Nacional, dictó Sentencia el 1 de Diciembre de 2010, desestimando el recurso interpuesto por AUTOPISTA DE LA COSTA CÁLIDA, CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A., contra resolución presunta del Ministerio de Fomento desestimatoria de la reclamación deducida por la entidad actora de indemnización por los daños y perjuicios en forma de sobrecostes, directos e indirectos, producidos en unos casos por distintas actuaciones de la Administración del Estado en la ejecución del contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Cartagena-Vera, formalizado mediante escritura pública de 13 de Abril de 2004, en otros casos por retrasos derivados de acciones u omisiones de la Administración, que determinaron el aplazamiento de la apertura al tráfico de la autopista, y en otros por los incrementos excepcionales de determinados materiales.

Por Orden del Ministerio de Fomento de 1 de Agosto de 2003, se aprobó el P.C.A.P., para el concurso, por procedimiento abierto, de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Cartagena-Vera. En Real Decreto 245/2004, de 6 Febrero, se adjudica la concesión administrativa antes referida a una agrupación de empresas. Y con fecha 13 de Abril de 2004, previa constitución de la

⁵⁶³ Ver S.T.S., de 8 de Abril de 2013, 1631/2013, Sección: 7, Nº de Recurso: 534/2011, Ponente: D. JOSÉ DÍAZ DELGADO.

sociedad concesionaria "Autopista de la Costa Cálida, Concesionaria Española Autopistas, SA", se formalizó el contrato de concesión. En Resolución de fecha 28 de Marzo de 2007, del Director General de Carreteras, se aprueba el Acta de Comprobación de las obras a los efectos de autorizar la apertura al tráfico de la "Autopista de Peaje Cartagena-Vera y la Autovía de Circunvalación de Cartagena", se autoriza la puesta en servicio de dichas obras, se establecen plazos adicionales para la terminación de cada una de las obras contenidas en el apartado tercero de la resolución, y se establecen unos plazos adicionales para la terminación de cada una de las obras pendientes de ejecución relacionadas en el epígrafe IV-Observaciones del Acta de Comprobación. En escrito presentado el 11 de Febrero de 2008, por la sociedad concesionaria de la obra, se deducía reclamación por importe de 132.992.432,95 € (I.V.A., incluido), alegando que la ejecución de las obras previstas ha sufrido una multitud de incidencias que han dificultado sobremanera su terminación, provocando la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión. Alega la parte actora, en lo sustancial, que la ejecución de las obras sufrió múltiples incidencias que dificultaron su terminación, causando la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión, viéndose obligada AUCOSTA a afrontar multitud de sobrecostos, directos e indirectos provocados por las siguientes causas: - modificaciones impuestas tanto por decisiones unilaterales de la Administración concedente, en ejercicio de su *ius variandi*, como por la aprobación de ciertas normas sobrevenidas; - por retrasos derivados de acciones u omisiones de la Administración concedente, que determinaron el aplazamiento de la apertura al tráfico de la autopista, incluidas importantes pérdidas de ingresos, constitutivos de verdaderos incumplimientos contractuales. Afirma la actora que resulta de todo ello la asunción por su parte de unos sobrecostos de 132.992.432,95 € (I.V.A., incluido). Entre los sobrecostos producidos por modificaciones introducidas por las Administraciones Públicas, así como por nuevas necesidades o causas no previstas ni previsibles aparecidas durante el periodo de ejecución de las obras, señala las siguientes: 1.- Las obras adicionales exigidas por el "Proyecto Modificado nº 1 (explanaciones y drenaje) Autopista de Peaje Cartagena- Vera y circunvalación de Cartagena: afecciones de Autopista a las carreteras dependientes de la Comunidad Autónoma de Murcia y adopción de medidas correctoras en relación a la conservación del yacimiento arqueológico de Finca Petén", aprobado por resolución de la Dirección General de Carreteras de 26 de Diciembre de 2006, que incluyen: -las obras de las glorietas por exigencias de la Dirección General de Carreteras en la Región de Murcia, por un presupuesto adicional de 1.540.228,35 € (I.V.A., incluido), constitutivas de obras impuestas, en cuanto expresión de ejercicio del *ius variandi* de la Administración; -las obras de la glorieta del enlace 12, por valor de 198.273,29 €, estrechamente vinculadas a las anteriores; -las obras de medidas correctoras de conservación del yacimiento arqueológico Finca Petén (Mazarrón), por valor de 1.662.955,22 €. 2.- Las obras derivadas del proyecto complementario nº 1 "Proyecto de recuperación y conservación de restos arqueológicos en Finca Petén", por importe de 4.948.248,48 € (I.V.A., incluido), ejecutadas por exigencias de las Administraciones Públicas competentes, tanto la del Estado como la de la Región de Murcia. Estas obras no estaban incluidas ni podían preverse en el proyecto de construcción, siendo impuestas a la recurrente con posterioridad como consecuencia de los descubrimientos obtenidos durante los trabajos de excavación que le fueron ordenados, con fundamento en la potestad de modificación unilateral del contrato que asiste a la Administración contratante. Las obras incluidas en el "Proyecto Modificado nº 2 (explanación y drenaje). Enlace 2 con la carretera A- 332.

Autopista de Peaje Cartagena-Vera". En la resolución de 26 Diciembre 2006, se señala que el presupuesto adicional respecto del proyecto modificado nº 1 (2.114.160,73 €, I.V.A., incluido) la cifra de 2.077.508,77 € corresponde a "obras impuestas por la Administración" y el resto (36.651,96 €) a AUCOSTA. Las obras llevadas a cabo a requerimiento de la Confederación Hidrográfica del Segura. Los sobrecostes causados por las obras ejecutadas para adaptar los túneles al Real Decreto 635/2006, de 26 de Mayo, se cifran en 362.268,30 €, correspondientes al presupuesto adicional del "Proyecto Modificado nº 1. Proyecto de Construcción (Obra Civil de Túneles)", que deriva de la obligación de adaptación al citado Real Decreto que el Ministerio de Fomento impuso a la actora, pese a su dudosa aplicabilidad a las obras ejecución. Se añaden los sobrecostes derivados los retrasos en las aprobaciones de los proyectos modificados antes citados, que no estaban previstos en las valoraciones de los presupuestos aceptados por el Ministerio de Fomento, pero identificados en el informe técnico de CLOTHOS que se adjunta; los sobrecostes motivados por los retrasos en la disponibilidad de los terrenos por causas imputables a la Demarcación de Carreteras del Estado; como los sobrecostes causados por los retrasos en la aprobación del proyecto de construcción de la obra civil de túneles motivados por las dificultades legales nacidas de la derogación de la IOS/98; los sobrecostes causados por los retrasos en la ejecución del enlace de Los Beatos; y los sobrecostes motivados por los retrasos en las modificaciones de líneas de transporte de la Red Eléctrica Española. Con fundamento en las anteriores alegaciones, se invocan como motivos de impugnación: - La negativa de la indemnización del incremento de los costes directos en la ejecución de las obras implica la ruptura del equilibrio económico financiero de la concesión y vulneración de los Arts. 106.2 de la Constitución, 24 de la Ley 8/1972, 239 y 248 L.C.A.P. y 8.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares. El aumento de los costes indirectos y de estructura debido al incremento del plazo de ejecución de las obras por causas no imputables a AUCOSTA deben serles recompensados, de conformidad con los Arts. 24.2, 25 *bis* y 30 de la Ley 8/1972 de Autopistas y los Arts. 248.2 y 248.3 L.C.A.P. La pérdida de ingresos por retrasos en la apertura al tráfico de la autopista de peaje constituye un supuesto de lucro cesante que exige la debida compensación. - El incremento de los costes financieros debido a los retrasos en la apertura al tráfico de la autopista de peaje deben ser igualmente compensados por la misma razón⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Como Apéndice nº 1 se aporta Resolución del Director General de Carreteras, de 26 de Diciembre de 2006, por la que se aprueba el Proyecto Modificado nº 1 (expansiones y drenaje). Autopista de Peaje Cartagena-Vera y Circunvalación de Cartagena: Afecciones de Autopista a las carreteras dependientes de la Comunidad Autónoma de Murcia y adopción de medidas correctoras en relación a la conservación del yacimiento arqueológico de Finca Petén por un presupuesto total de 214.885.085,92 €, lo que da lugar a un adicional respecto al Proyecto de Construcción vigente de 3.401.456,86 €, I.V.A., incluido, y que se descompone en los siguientes conceptos y cantidades: -Obras en glorietas derivadas de exigencias de la DGC de la CARM, 1.540.228,35 €. -Obras en glorieta del Enlace nº 12 (p.k. 10+700), 198.273,29 €. -Obras de medidas correctoras en relación con la conservación del yacimiento arqueológico Finca Petén, 1.662.955,22 €. En el apartado 4º de dicha resolución se dice: "tienen el carácter de obras impuestas por la Administración únicamente las obras en glorietas derivadas de las exigencias de la comunidad autónoma de la región de Murcia, cuyo importe asciende a 1.540.228,35 € incluido I.V.A.". En el apartado 5º: "las obras en la glorieta del Enlace nº 12 no tienen el carácter de obras impuestas por la Administración y no alteran el equilibrio económico de la concesión". El apartado 6º es del siguiente tenor: "De conformidad con el punto 3º de la autorización para la redacción del Proyecto Modificado Nº 1, las obras de medidas correctoras en relación con el yacimiento arqueológico Finca Petén, en ningún caso suponen un adicional y, por lo tanto, tampoco alteran el equilibrio económico de la concesión". Por último, en el apartado 7º se ordena a las Demarcaciones de Carreteras del Estado en Andalucía Oriental y

Se solicitaba la compensación de reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los sobrecostos soportados con base en lo dispuesto en los Arts. 24 de la Ley 8/1972 de autopistas y concordantes de la L.C.A.P y en la cláusula 8.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Se informa favorablemente el reconocimiento a AUCOSTA de la suma de 2.503.883,26 € (P.E.C. sin I.V.A). Y se informa desfavorablemente el abono de cantidad alguna hasta que la sociedad concesionaria no haya cumplido en su totalidad con su obligación contractual y haya redactado los proyectos constructivos y terminado la construcción de las dos áreas de servicio restantes (pp.kk. 30 + 500 y 100 + 000 de la autopista Cartagena-Vera)⁵⁶⁵.

en Murcia, la incoación del Expediente de Expropiación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras relativas al Proyecto Modificado nº 1 (Explanación y Drenaje). Autopista de Peaje Cartagena-Vera y Circunvalación de Cartagena: Afecciones de la Autopista a las carreteras dependientes de la Comunidad Autónoma de Murcia y adopción de las medidas correctoras en relación a la conservación del yacimiento arqueológico de Finca Petén. Como Apéndice nº 2 consta la comunicación dirigida por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, del Ministerio de Cultura, al Subdirector General de Protección del Patrimonio Histórico, de 10 de Abril de 2006, en relación con la afloración, con motivo de la iniciación de los trabajos de construcción de la Autopista, de una serie de yacimientos arqueológicos en la Finca Petén, cuya existencia no se había previsto en la DIA de la Autopista, y de la resolución de 23 de Diciembre de 2005, de la Dirección General de Cultura de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se autorizó la reanudación de las obras de construcción de la Autopista sobre la referida finca, si bien se prevé en dicha resolución el desarrollo de un programa de actuaciones no recogidas en el Proyecto de Construcción aprobado por el Ministerio de Fomento, con el fin de garantizar la protección del patrimonio arqueológico de la finca, y se pone de manifiesto el interés de la sociedad concesionaria en promover la conservación del patrimonio histórico arqueológico del entorno de la autopista, por lo que ha redactado un proyecto para la recuperación y conservación de restos arqueológicos en Finca Petén. Por lo que se solicita que se tenga por presentado dicho proyecto y se autorice a la sociedad concesionaria a ejecutar las actuaciones previstas en el mismo a cuenta de la partida correspondiente al 1% a la que hacen referencia los Art. 58 y siguientes del Real Decreto 111/1986. En el Apéndice nº 3 se incorpora resolución del Director General de Carreteras, de fecha 26 de Diciembre de 2006, por la que se aprueba el Proyecto Modificado nº 2 (Explanación y Drenaje). Enlace 2 con la carretera A-332. Autopista de Peaje Cartagena-Vera, presentado por AUCOSTA, cuyo presupuesto da lugar a un adicional respecto al Proyecto Modificado nº 1 vigente de 2.114.160,73 €, I.V.A., incluido. En el apartado 3º se indica que de dicho adicional, corresponde a obras impuestas por la Administración la cantidad de 2.077.508,77 €, siendo con cargo a la sociedad concesionaria las obras de reposición del camino de servicio en la margen izquierda de la A-332, con cruce de la carretera por la obra de fábrica situada en el p.k. 0+300 (eje 47) cuyo importe es 36.651,96 €.

⁵⁶⁵El Abogado del Estado se opone al recurso, razonando en su escrito de contestación a la demanda, en esencia, que es aplicable al presente caso el principio de riesgo y ventura del contratista, no siendo aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto, al no concurrir circunstancia alguna que pueda ser calificada como de fuerza mayor. Señala que no se ha producido el ejercicio del *ius variandi* por la Administración contratante más que en los específicos supuestos siguientes: -obras en glorietas derivadas de la exigencia la Comunidad Autónoma de Murcia, de las cuales (9 glorietas) dos no han sido ejecutadas, ascendiendo la parte ejecutada a 1.026.818,90 € (885.188,71 €, sin I.V.A.) frente a los 1.540.228,35 € reclamados; obras previstas en el Proyecto modificado nº 2 (explanación y drenaje): Enlace 2 con la carretera A332. Su importe asciende a 2.077.508,77 € (1.790.955,84 € sin I.V.A), cantidad que ya se reconoce en la resolución de 26 de Diciembre de 2006, que corresponde a obras impuestas por la Administración; costes derivados de la necesidad de adaptar los túneles a los requisitos de seguridad del Real Decreto 635/2006, de 26 Mayo, por importe de 362.268,30 € (312.300,26 € sin I.V.A); expropiaciones adicionales, por importe 12.032 €. La cantidad que se reconoce a favor de la recurrente ascendería a 3.000.476,81 € sin I.V.A, de la que habría que deducir el importe de las obras aprobadas y no ejecutadas. El resto de las partidas por las que se reclama no se consideran imputables a la Administración.

Aclara el Supremo que, como se ha expuesto detalladamente, la reclamación deducida por AUCOSTA responde a diversos conceptos, algunos de ellos los atribuye al ejercicio del *ius variandi*, por parte de la Administración, otros a retrasos derivados de lo que considera incumplimientos contractuales, al incremento de costes indirectos y de estructura, y otros a los incrementos excepcionales en el precio de los materiales. De tal manera que se infiere de las pretensiones deducidas en el escrito de demanda que son dos los títulos de la reclamación de indemnización formulada, la responsabilidad contractual y el enriquecimiento injusto. Con carácter general, el Art. 98 L.C.A.P., establece el principio de riesgo y ventura, al disponer que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el Art. 144"⁵⁶⁶.

" En la Cláusula 8.1 de la Orden FOM/2265/2003, de 1 de Agosto, por la que se aprueba el P.C.A.P., para el Concurso por procedimiento abierto, de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Cartagena-Vera, se establece: "Si la actuación de la Administración determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda." En el párrafo cuarto de la cláusula 51 se excluye la revisión de precios, al decir: "En ningún caso, y atendiendo a las peculiares características de este contrato de concesión,

⁵⁶⁶Por lo que respecta a la ejecución de obras objeto de concesión, el Art. 239 dispone: "1. Las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los Art. 98 y 144 de esta Ley, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del Art. 236, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obra 2. Cuando el concesionario se retrasara en la ejecución de la obra, ya sea en el cumplimiento de los plazos parciales o del plazo total, y el retraso fuese debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente, aquel tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativa y acumulativamente en el plazo de concesión, la cual será, por lo menos, igual al retraso habido, a no ser que pidiera una menor. Si el concesionario fuera responsable del retraso se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el P.C.A.P., y en esta ley, sin que el retraso pueda suponer la ampliación del plazo de la concesión. 3. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros. Y el Art. 248 establece: "1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra. b. Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el Art. 144.c de esta Ley. Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los Art. 230.1.e y 233.1.d de esta Ley. 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el Art. 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b, la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

procederá aplicar fórmula o sistema de revisión de precios de las obras." En la Cláusula 54 se establece el plazo para la apertura al tráfico, señalando que la totalidad de las obras habrán de entrar en servicio antes del 31 de Diciembre de 2006.

Sobre el desequilibrio económico-financiero se hace un recordatorio jurisprudencial⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ En las S.S.T.S., de 25/04/08 y 06/05/08 se afirma: "...Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como sí fijaba el Decreto/Ley 2/1964, de 4 de Febrero al cifrarlo en el 2,5% del contrato, supuestos analizados en las Sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57% en presupuesto inicial, o 3,14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible." Y en la S.T.S., 18/04/08, se dice: "...la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse." Por otra parte, debe tenerse presente la doctrina sobre el enriquecimiento injusto que, como se dice en S.T.S. de 21/3/91, "viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa - enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara". Se expone en las S.T.S., de 27/4/08 y 12/5/08, entre otras, que "la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 25 de Febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de Diciembre de 1983 y 2 de Abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto. O en términos de la Sentencia de 18 de Julio de 2003, el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración. Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la Administración afectada (20 de Diciembre de 1983, 2 de Abril de 1986, 11 de Mayo de 1995, 8 de Abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (Sentencias de 12 de Febrero de 1979, 12 de Marzo de 1991, 4 de Marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (Sentencia de 22 de Noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001). Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la Administración (Sentencia de 13 de Julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes. Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (Sentencia de 11 de Julio de 2003, recurso de casación 9003/1997). (...)"

En relación con las excavaciones en la Finca Petén, realizadas por la empresa constructora, consta (documento 5 de los acompañados con la demanda) el Informe de la Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia, de 10 de Octubre de 2005, remitido a la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia, en el que se señala que con las excavaciones realizadas ha aflorado lo que parece ser un asentamiento romano de los siglos II-I a.C., por lo que se solicita la adopción de las medidas y soluciones técnicas y económicas que permitan compatibilizar la conservación visible de los restos arqueológicos con el trazado de la autopista. En resolución de la Dirección General de Cultura, de 2 de Enero de 2006 (documento nº 6), se autorizan las obras de construcción de la autopista en el sector afectado por el yacimiento romano, mediante la adopción de una serie de medidas correctoras destinadas a la conservación visible de los restos excavados, entre otras, la construcción de sendos viaductos, garantizar la protección de los restos mediante su cubrición con geotextil y una capa de arena de al menos 50 cm de espesor, seguimiento de las obras por un técnico arqueólogo. Como documento nº 7 se aporta Sentencia del la Sala lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Madrid, de 11 de Marzo de 2009, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por AUCOSTA contra la resolución del 16 de Noviembre de 2006, del Subsecretario de Cultura del Ministerio de Cultura que desestimó el recurso presentado contra la resolución de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales de 18 de Julio de 2006, que desestimó la solicitud de la sociedad de aprobación del "Proyecto para la recuperación y conservación de restos arqueológicos en la Finca Petén" y financiación con cargo al 1% cultural.

Se adjunta nota de servicio del Director General de Carreteras, de 18 de Julio de 2006, relativa a la adaptación al Real Decreto 635/2006 sobre los requisitos mínimos de seguridad en túneles de carreteras del Estado, en la que se señala que dichos requisitos mínimos se aplicarán a los proyectos modificados que se estén redactando, a las propuestas de autorización que se vayan a tramitar, y, en todo caso, que se solicitará expresamente una propuesta de modificación para la adaptación a ese Real Decreto.

Asimismo, la comunicación de AUCOSTA a la constructora del acuerdo adoptado el 21 de Septiembre de 2006, de sustituir el firme asfáltico por pavimento de hormigón con fibra de cero en el túnel de Loma de Bas. Y un informe realizado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos D. Luis Antonio, en el que concluye que no resulta preceptivo proceder a la modificación de la sección de firme definida en el Proyecto de Construcción, siendo totalmente válida la sección de firme de naturaleza asfáltica. En resolución de 12 Diciembre 2006, (documento nº 13) del Director General de Carreteras se autorizó a la sociedad concesionaria la redacción del Proyecto Modificado nº 1 del de Construcción de la Autopista de Peaje AP-7. Tramo: Cartagena- Vera. Obra Civil, Túneles, consistente en: "Adaptación de la sección estructural del firme del túnel de Loma de Bas al RD 635/2006, de 26 Mayo, sobre requisitos mínimos de seguridad en los túneles de carreteras del Estado." Disponiendo que "el adicional por dichas obras no podrá superar la cantidad de 254.000 € de ejecución material. (...) " Como documento nº 15 se incorpora la comunicación dirigida por AUCOSTA a la Subdirección General de Proyectos, de la Dirección General de Carreteras, el 16 de Febrero de 2005, en la que se afirma que desde el 16 de Abril de 2004, se encuentra en la Delegación del Gobierno en las Sociedad Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje el Proyecto de Construcción Autopista de Peaje AP-7. Tramo: Cartagena- Vera. Obra Civil. Túneles,

que se encuentra en fase de estudio por parte del Ministerio para su correspondiente aprobación, pero como consecuencia de los trabajos desarrollados y del mejor conocimiento de diferentes aspectos del proyecto, entre otros de naturaleza geotécnica, se ha procedido a la redacción del Proyecto de Construcción que se adjunta en esa fecha. En resolución de 14 de Junio de 2005, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, de la Consejería de Industria y Medio Ambiente de la Región de Murcia, se aprueba el Proyecto Técnico de Construcción y Sosténimiento de los túneles "Loma de Bas" (doc. nº 17). En resolución de la Dirección General de Carreteras de fecha 27 de Julio de 2005, se aprueba el Proyecto de Construcción Autopista de Peaje AP-7. Tramo: Cartagena-Vera. Obra Civil. Túneles (doc. nº 19).

Se hace constar, como antecedentes administrativos, que el Proyecto de Construcción (Explanación y Drenaje) se aprobó por la D.G.C., en resolución de fecha 8 de Febrero de 2005, y que en Oficio de fecha 10 de Mayo de 2006, se dirigió a AUCOSTA escrito de la D.G.C., de la Región de Murcia en el que se manifestaba la necesidad de realizar una serie de modificaciones a las soluciones planteadas en el Proyecto de Construcción, en las zonas afectadas de las carreteras de dicha Comunidad y solicitaba de la sociedad concesionaria la realización de los trámites oportunos para atender las modificaciones relacionadas en el escrito, lo que dio lugar a la solicitud por AUCOSTA de autorización para redactar el Proyecto Modificado nº 1. Todas las modificaciones a las soluciones planteadas en el Proyecto de Construcción aprobado, que se consideraron necesarios por motivos técnicos y de seguridad vial, se refieren a modificaciones en glorietas. En cuanto a la actuación en la zona del Enlace nº 12 (puntos kilométricos 107+000), se indica que no corresponde una exigencia de la Comunidad de Murcia, sino que parece ser que es debida a un Convenio con la Delegación del Gobierno en Murcia y los vecinos de La Palma y La Aparecida, para facilitar la ejecución de la obra. En cuanto al yacimiento romano de Finca Petén, la sociedad concesionaria presentó el 1 de Diciembre de 2006, la ampliación de la solicitud de redacción del Proyecto Modificado nº 1 para incluir la ejecución de viaductos exigidos por la Dirección General de Cultura de la Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia, incluyendo un pequeño cambio de rasante y un muro de contención. Consideró la Administración que estas actuaciones se deben a un estudio arqueológico insuficiente a la hora de redactar el Proyecto de Construcción, por lo que se considera que ha existido un error del proyecto, de manera que se autoriza las obras indicadas para la protección del yacimiento arqueológico de la Finca Petén, sin que ello comporte un adicional para el Ministerio de Fomento y sin que afecte a la resolución que adopte el Ministerio de Cultura para su aplicación o no con cargo a la partida del 1% cultural. En la resolución de 20 de Diciembre de 2006, en la que se acuerda autorizar a la sociedad concesionaria la redacción del Proyecto Modificado nº 2 del de Construcción de la Autopista de Peaje AP-7. Tramo: Cartagena-Vera (Explanaciones y Drenaje) consistente en la sustitución de la intersección del ramal bidireccional del Enlace E-2 de la Autopista con la carretera A-332, prevista en el Proyecto de Construcción, por un enlace a distinto nivel tipo diamante con "pesas", cruzando dicha carretera con un paso inferior de un ancho de 12,50 m, de acuerdo con lo propuesto por la sociedad concesionaria en su solicitud de 24 de Octubre de 2006, se expone que la Junta de Andalucía, que tiene competencia sobre la carretera A-332, informó en Febrero de 2005 que no acepta la solución proyectada por la sociedad concesionaria, siendo necesario modificar el acceso previsto a la carretera A-332 de forma que se contempla la sustitución de la glorieta prevista por

un enlace a distinto nivel. Asimismo, es necesaria la reposición del cruce del camino de servicio en la margen izquierda de la A-332 con un paso inferior de dicha carretera situado en el pk 0+300 de las progresivas de la reposición de la A-332, sin que esta reposición tenga el carácter de obra impuesta por el Ministerio de Fomento. La resolución de 12 de Diciembre de 2006, por la que se autoriza a AUCOSTA para la redacción del Proyecto Modificado nº 1 (Obra Civil. Túneles), tiene por objeto la adaptación de la sección estructural del firme del túnel de Loma de Bas al Real Decreto 635/2006, de 26 Mayo, sobre requisitos mínimos de seguridad en los túneles de las carreteras del Estado.

El Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales de la Consejería de Cultura y Turismo de la Región de Murcia remitió el Informe solicitado, sobre los trabajos de excavación arqueológica en el yacimiento ubicado en la Finca Petén, llevado a cabo por la consultora ARQUEOTEC. Se indica, entre otros extremos, que la Dirección General de Cultura ordenó mediante resolución la realización de algunas modificaciones al Proyecto, dada la entidad de los restos arqueológicos documentados durante las excavaciones. Expone que en un primer momento estaba previsto que la Autopista entre los pp.kk., 67,770-68,020 fuera en terraplén, con lo cual el yacimiento quedaría oculto bajo la plataforma del trazado de la Autopista, por tal motivo, la Dirección General de Cultura estimó necesario la construcción de un viaducto que elevara las estructuras del yacimiento y, de esta forma, en un futuro se podría completar la excavación arqueológica y redactar un proyecto de puesta en valor para hacerlo visitable. Como hemos dicho, reclama la entidad actora a la Administración los sobrecostes derivados de las modificaciones impuestas por lo que considera decisiones unilaterales, el ejercicio del *ius variandi*, así como por la aprobación de ciertas normas, a las que ya se ha hecho referencia. Entendiendo que se ha producido un aumento de costes directos en la ejecución de las obras, así como de los costes indirectos derivados de retrasos imputables a la Administración, que se han traducido en el aplazamiento de la apertura al tráfico de la autopista, con la consiguiente pérdida de ingresos, ha provocado la ruptura del equilibrio económico financiero de la concesión.

Planteada así la reclamación, se hace necesario examinar, por un lado, aquellas variaciones o modificaciones del contrato formalizadas como "Modificados", de aquellas otras eventuales modificaciones impuestas unilateralmente por la Administración que hayan dado lugar, en su caso, a unidades de obra no contempladas en los modificados, que deban ser a cargo de la Administración, y no incluidas en la liquidación del contrato. Y ello, teniendo en cuenta que la cláusula 11 de la Orden FOM/2265/2003, de 1 de Agosto, por la que se aprueba el P.CA.P., dispone que "En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc." Y que "En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada." Por otra parte, la cláusula 51 establece que "En ningún caso, y atendiendo a las peculiares características de este contrato de concesión, procederá aplicar fórmula o sistema de revisión de precios de las obras." Pues bien, entre los distintos conceptos concretos a los que atañe la reclamación por sobrecostes derivados de modificaciones introducidas por las Administraciones públicas, resulta de la documentación obrante en autos, tanto la

aportada por la entidad recurrente con la demanda como la incorporada a los respectivos ramos de prueba, que las obras adicionales correspondientes a glorietas exigidas por la D.G.C., en la Región de Murcia, a las obras de medidas correctoras de conservación del yacimiento arqueológico Finca Petén, las obras referidas al Enlace 2 con la carretera A-332 y las obras correspondientes a la adaptación de túneles al Real Decreto 635/2006, han sido objeto de los correspondientes Proyectos Modificados, en los que se reconoce el correspondiente adicional de obra o se excluye expresamente que la modificación dé lugar a adicional, por lo que carece de justificación que se reclame por la vía de la responsabilidad contractual de la Administración, cuando tales obras y su coste han sido formalizados, sin que conste la oposición de la entidad concesionaria o, en su caso, la impugnación de las respectivas resoluciones aprobando los Proyectos Modificados.

Efectivamente, en la Resolución del Director General de Carreteras, de 26 de Diciembre 2006, a la que se hace referencia en el fundamento quinto de esta Sentencia, al aprobar el Proyecto Modificado nº 1 (Explicaciones y drenajes): Afecciones de Autopista a las carreteras dependientes de la Comunidad Autónoma de Murcia y adopción de medidas correctoras en relación a la conservación del yacimiento arqueológico de Finca Petén, se reconoce un adicional respecto al Proyecto de Construcción vigente de 3.401.446,86 €, IVA incluido, que incluye las obras en glorietas derivadas de exigencias de la D.G.C., de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; obras en glorieta de enlace nº 12 y obras de medidas correctoras en relación con la conservación del yacimiento arqueológico Finca Petén. En la misma resolución se expone que únicamente tienen carácter de obras impuestas por la Administración las obras en las glorietas derivadas de las exigencias de la Comunidad Autónoma de Murcia, por importe de 1.540.228,35 €, incluido IVA; y en el apartado quinto se dice expresamente que las obras en la glorieta del Enlace nº 12 no tienen carácter de obras impuestas por la Administración y no alteran el equilibrio económico de la concesión; se razona en el cuerpo de la resolución que esta obra viene motivada por un acuerdo de la sociedad concesionaria con dos Ayuntamientos. Y se añade un apartado sexto en el que se dice que de conformidad con el punto 3º de la autorización para la redacción del Proyecto Modificado nº 1, las obras de medidas correctoras en relación con el yacimiento arqueológico Finca Petén, en ningún caso suponen un adicional y, por lo tanto, tampoco alteran el equilibrio económico de la concesión. Ordena dicha resolución a las Demarcaciones de carreteras del Estado en Andalucía Oriental y Murcia la incoación de expedientes de expropiación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras relativas al proyecto modificado. En cuanto a las obras contempladas en el Proyecto complementario nº 1: "Proyecto de recuperación y conservación de restos arqueológicos en Finca Petén", por las que reclama la actora la cantidad de 4.948.248,48 €, en la Resolución de la D.G.C., de 12 de Diciembre de 2006, en la que se autorizan las obras recogidas en la resolución de 2 de Enero de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia, sobre medidas correctoras en relación con la conservación del yacimiento arqueológico de Finca Petén, que incluye la construcción de sendos viaductos y la realización de un muro de contención entre ambos, se expone que las actuaciones se deben a un estudio arqueológico insuficiente a la hora de redactar el Proyecto de Construcción, por lo que las obras no deben comportar un adicional para el Ministerio de Fomento. De igual manera las obras correspondientes al enlace con la carretera A-332, consistentes en la sustitución de la intersección del ramal bidireccional previsto en el Proyecto de Construcción por un

enlace a distinto nivel tipo diamante con pesas, cruzando dicha carretera con un paso inferior, de acuerdo con lo propuesto por la sociedad concesionaria en su solicitud de 24 de Octubre de 2006, fue aprobada por la Administración con fecha 20 de Diciembre de 2006, y en Resolución de 26 de Diciembre 2006, se aprueba el Proyecto Modificado nº 2, cuyo presupuesto da lugar a un adicional de 2.114.160,73 € I.V.A., incluido, reconociendo expresamente que corresponde a obras impuestas por la Administración la cantidad de 2.077.508,77 €, siendo con cargo a la sociedad concesionaria las obras de reposición del camino de servicio en la margen izquierda de la A-332, por importe de 36.651,96 €. En la misma resolución se ordena a la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Oriental y en Murcia la incoación de los correspondientes expedientes de expropiación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras. Asimismo, con fecha 12 de Diciembre 2006, se autoriza a la concesionaria la redacción del Proyecto Modificado nº 1 del Proyecto de Construcción de la Autopista (túneles) consistente en la adaptación de la sección estructural del firme del túnel de Loma de Bas al Real Decreto 635/2006 sobre requisitos mínimos de seguridad en los túneles de carreteras del Estado. Y con fecha 26 de Diciembre de 2006, se aprueba por el Director General de Carreteras el Proyecto Modificado correspondiente, por un presupuesto que da lugar a un adicional respecto al Proyecto vigente de 362.268,30 € I.V.A., incluido.

De ello hemos de concluir, por una parte, que las cantidades reclamadas por los conceptos mencionados están contempladas en un Modificado formalizado, sin que conste oposición u objeción por parte de la concesionaria; y, por otra parte, que los eventuales costes derivados del retraso en la conclusión de las obras y en la puesta en servicio de la autopista, como consecuencia de los Proyectos Modificados, o bien están ya contemplados en la fijación del importe del adicional (en la determinación de los costes indirectos), o bien no son imputables al ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración, por lo que no cabe la reclamación de dichas cantidades por vía de responsabilidad contractual de la Administración concedente. Con carácter general, las modificaciones contractuales aceptadas por la adjudicataria no pueden servir de fundamento de la pretensión resarcitoria que se ejercita, pues no solo la quiebra del equilibrio económico de las prestaciones del contrato, sino también la proscripción del enriquecimiento injusto, se oponen a tal previsión. Y ello porque la propia existencia de "modificados" -modificaciones contractuales- no comporta de forma automática una presunción de imprevisión de la Administración que alarga la duración de la obra, con la correspondiente indemnización por tal circunstancia. Pero es que, además, como ya hemos dicho anteriormente, las modificaciones contractuales han de ajustarse a lo dispuesto en el Art. 146, en relación con el 101, del T.R.L.C.E, en cuanto a su formalización, objeto, alcance y, fundamentalmente, a la vertiente económica en que se concretan los sucesivos modificados, por lo que a dicha regulación, y no otra, ha de reconducirse su régimen jurídico⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸En este sentido, cabe invocar la S.T.S. 16/02/01 : "(...) al tratarse de una pretensión indemnizatoria, fundada en la existencia de una modificación contractual decidida por la Administración, el contratista debió acudir a los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Estado para oponerse a la modificación; y afirmando que, si no lo hizo así, por haberse aquietado ante la modificación contractual y haber prestado su conformidad, tal modificación no puede servir para fundar esa pretensión indemnizatoria. Tratándose de determinar cuándo las modificaciones de un contrato administrativo de obras permiten su resolución y cuáles son las consecuencias de que ésta última no sea instada, hay que estar a lo dispuesto en la L.C.E y R.G.C.E, sobre esta materia, especialmente a lo establecido en los Arts.

Por otra parte, no hay constancia del impago por la Administración de las cantidades reconocidas a favor de la entidad concesionaria, pues ni en el expediente administrativo ni en los autos del presente recurso consta la liquidación del contrato, en los términos establecidos en Art. 169 de la L.C.A.P.⁵⁶⁹.

En cuanto a las obras llevadas a cabo a requerimiento de la Confederación Hidrográfica del Segura, afirma la recurrente que el drenaje del proyecto de construcción de la Autopista necesitó la ejecución de varias obras, que debieron ser ampliadas por requerirlo así la Confederación Hidrográfica del Segura. En el momento de la reclamación no se pudo cuantificar el importe de las obras por no estar aprobado el Proyecto Complementario nº 1. Explanaciones y Drenaje, presentado en el Ministerio de Fomento el día 5 de Diciembre de 2007. Pues bien en el informe técnico que se acompaña con la demanda, se mencionan tales obras como objeto o de lo que se denomina Modificado nº 4, y se dice que no se cuantifica dicho apartado, dado que se encuentra pendiente de aprobación de la solicitud de redacción del Complementario nº 1. Explanación y Drenaje, presentada el 5 de Diciembre de 2008, en el Ministerio de Fomento. Así pues, al margen de la discordancia en cuanto a fechas de presentación de la solicitud de aprobación de la redacción del Proyecto Complementario, mientras que en la reclamación se dice que en Diciembre de 2007, se presentó tal Proyecto o, en el informe técnico se viene a decir que un año más tarde, en 5 de Diciembre de 2008, lo que se presenta en el Ministerio de Fomento fue la solicitud de redacción de tal complementario. De tal manera que ni está acreditada la realización de las obras por las que se reclama ni siquiera la existencia de un Proyecto aprobado, y, en su caso, si ha dado lugar o no a la tramitación y formalización de un Modificado. No cabe, por tanto, acoger tal pretensión.

Por lo que respecta a los sobrecostos derivados de determinados retrasos, que se concretan en la aprobación de los proyectos modificados, en la disponibilidad de los terrenos por causas imputables a la Demarcación de Carreteras del Estado, en la aprobación del proyecto de construcción de la obra civil de túneles debido a las dificultades legales nacidas de la derogación de la OIS/98, de ejecución del enlace Los Beatos, y en las modificaciones de líneas de transporte de la Red Eléctrica Española, se

48 a 53 de la L.C.E., de 1965. En estos preceptos se reconoce a la Administración el *ius variandi*, y no se establece el derecho del contratista a pedir la revisión del precio, ni tampoco a ser indemnizado, por ese sólo hecho, y aunque no conste acreditada la realidad de unos concretos daños y perjuicios, sufridos por dicho contratista, como necesaria consecuencia de las modificaciones o suspensiones dispuestas por la Administración. En tales normas ciertamente se limita ese *ius variandi*, mediante el reconocimiento al contratista del derecho a instar la resolución del contrato, cuando la modificación del proyecto o la suspensión de las obras, decididas por la Administración, presentan un determinado alcance. Pero no aparece establecido que la ausencia de ejercicio de esa facultad de instar la resolución contractual se haya de traducir, necesariamente, en el derecho del contratista a pedir una elevación del precio inicial o una indemnización, y aunque no conste acreditado un concreto resultado lesivo para el contratista."

⁵⁶⁹Precepto que dispone lo siguiente: "1. Transcurrido el plazo de garantía, si el informe del director de la obra sobre el estado de las mismas fuera favorable o, en caso contrario, una vez reparado lo construido, se formulará por el director en el plazo de un mes la propuesta de liquidación de las realmente ejecutadas, tomando como base para su valoración las condiciones económicas establecidas en el contrato. 2. La propuesta de liquidación se notificará al contratista para que en el plazo de diez días preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos. 3. Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la contestación del contratista o del transcurso del plazo establecido para tal fin, el órgano de contratación deberá aprobar la liquidación y abonar, en su caso, el saldo resultante de la misma."

ha de reiterar, respecto al aprobación de los proyectos modificados, lo dicho que al examinar la reclamación por sobrecostes derivados de dichos Proyectos Modificados.

Pero es que, además, la existencia tales retrasos no queda acreditada, en los términos expuestos por la actora, derivándose de los informes obrantes en expediente administrativo que la concesionaria incurrió en retraso en la presentación de los proyectos de trazado y los proyectos modificados y complementarios, mientras que de las fechas de presentación y aprobación de los proyectos modificados no se aprecia el retraso denunciado, a la vista de las resoluciones de aprobación de los mismos incorporados al ramo de prueba de la parte demandada. En cuanto proyecto de construcción de la obra civil de túneles, de la documentación obrante en autos y del informe de fecha 7 de Mayo de 2009, obrante en expediente administrativo, se infiere que la concesionaria no había presentado el proyecto en la fecha prevista en el título concesional, 14 de Mayo 2004, sino que lo hizo el 16 de Febrero de 2005. En el documento nº 15 de los aportados con la demanda obra la comunicación dirigida por la concesionaria a la Subdirección General de Proyectos, en fecha 16 de Febrero de 2005, en el que se expone que desde el 16 de Abril de 2004, en que se presentó el Proyecto de Construcción de la concesión administrativa, que se encuentra en fase de estudio por parte del Ministerio, se realizaron trabajos que han dado lugar a un mejor conocimiento de diferentes aspectos del proyecto, entre otros de naturaleza geotécnica y que han llevado a la redacción del Proyecto de Construcción Autopista de Peaje AP-7. Tramo: Cartagena-Vera. (Obra civil de túneles), que se remite junto con dicho escrito para su aprobación. Teniendo en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo que anuló la Orden Ministerial de 19 de Noviembre de 1998, es de fecha 20 de Enero de 2005, no cabe imputar las consecuencias de tal anulación a un retraso por parte de la Administración en la aprobación del proyecto. En cuanto al resto de los sobrecostes que se imputan a retrasos en actuaciones de la Administración demandada, conviene tener en cuenta que el informe técnico que se aporta con la demanda, en el cual se fundamenta ésta, realiza los cálculos y valoraciones tendentes a justificar desde el punto de vista técnico los sobrecostes generados durante la realización de las obras, pero tal informe no puede predeterminar ni la realidad de los elementos fácticos tenidos en cuenta, salvo aquellos que están documentalmente acreditados, ni le corresponde al perito establecer el título de imputación a la Administración de tales retrasos. Es por ello que, sin desconocer la relevancia probatoria de tal informe en cuanto a la cuantificación de los sobrecostes por cada uno de los conceptos que contempla, corresponde a la Sala determinar si los mismos dan lugar o no a la exigencia de responsabilidad a la Administración por incumplimiento de contrato o por enriquecimiento injusto. En consecuencia con ello, se ha de rechazar también la pretensión indemnizatoria que se fundamenta en los sobrecostes derivados de supuestos retrasos en la ejecución del enlace "Los Beatos", y que justifica la concesionaria que se vio obligada a ejecutar las obras provisionales de conexión y a su posterior demolición como consecuencia de los retrasos en la aprobación de los correspondientes proyectos constructivos, sobrecostes que han de ser resarcidos por la Administración para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato. Sin embargo, las premisas en las que se fundamenta tal pretensión resarcitoria no vienen avaladas por la documentación obrante en autos, que sí se compadece con el contenido del informe de 4 de Junio de 2008, incorporado al expediente administrativo en su ampliación. Como antes se ha expuesto, está acreditado en los autos de este recurso que en Resolución de

fecha 27 de Julio de 2004, se aprobó provisionalmente el Proyecto de Trazado (pk.111+459 al pk.113+720); con fecha 17 de Noviembre de 2005, la sociedad concesionaria presentó solicitud para la división en dos proyectos de la zona comprendida entre los referidos puntos kilométricos, de conformidad con la "Propuesta de división del enlace de Los Beatos", solicitud a la que accedió la Administración con fecha 23 de Noviembre de 2005, es decir, seis días después le fue notificada a la concesionaria la estimación de su solicitud, comunicándole el Subdirector General Adjunto de Proyectos que dicha autorización no implicaría, en ningún caso, reconocimiento de incremento inversión atribuible a la Administración. Sin que haya constancia de oposición u objeción alguna por parte de la sociedad concesionaria, con fecha 1 de Febrero de 2006, se dicta resolución por el Subdirector General de Proyectos, por delegación del Director General de Carreteras, en la que se aprueba el Proyecto y se ordena la incoación del Expediente de Expropiación para el trazado del Enlace de Los Beatos, haciendo constar que la aprobación del proyecto no implica, en ningún caso, reconocimiento incremento inversión atribuible a la Administración. Por tanto, la ni cabe apreciar retrasos en la actuación administrativa, pues la autorización para la redacción de estos proyectos se otorgó con fecha 23 de Noviembre de 2005, y con fecha 1 de Febrero de 2006, se aprobó el primer proyecto de trazado, presentado el 21 de Diciembre de 2005. No se justifica en el informe pericial la razón por la que se imputa a la Administración responsabilidad por los supuestos retrasos en la ejecución del enlace, por el contrario, de lo que obra en el expediente no puede apreciarse ningún tipo de dilación injustificada o paralización en la tramitación seguida hasta la aprobación del proyecto. Siendo llamativo que en el informe se señale que hasta el 25 de Julio de 2006, no se aprueba el Proyecto de Construcción de Estructuras, sin embargo se omite el dato relevante de la fecha en que tal proyecto fue presentado para su aprobación Se denuncia retraso también en las modificaciones de las líneas de transporte en la Red Eléctrica Española, que se traducen, a juicio de la actora, en sobre coste por importe de 1.267.874,53 €. Sin embargo, la existencia de las líneas eléctricas debía ser conocida por la concesionaria al redactar el proyecto, así como la titularidad de dichas líneas eléctricas, que no es del Ministerio de Fomento, sino de R.E.E. No obstante, según se consignan el informe pericial, la aprobación de los anteproyectos y presupuestos presentados por Red Eléctrica Española se produjo el 9 de Enero de 2006, sin embargo, las obras de modificación de las líneas no se realizaron hasta los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de dicho año, sin que conste en las causas de tal retraso.

Tampoco está acreditado que el retraso en la apertura al tráfico de la autopista, al margen del conjunto de circunstancias que se han ido analizando, fuese debido a causa imputable a la Administración demandada, lo cual es negado de manera razonada en los citados informes obrantes en el expediente administrativo, concretamente en el de 4 de Junio de 2008, que no ha quedado desvirtuado en el procedimiento. En cuanto al incremento de los costes de estructura, baste la remisión a lo ya expuesto en cuanto a costes, estando incluidos de manera expresa los referidos costes en el concepto de gastos generales, tal como dispone el precitado Art. 131 del R.G.C.A.P., y, por tanto, contemplados en los distintos proyectos y modificados. Por último, en cuanto sobre costes originados por los retrasos en la disponibilidad de los terrenos, que se imputan también a la Administración, concretamente a la Demarcación de Carreteras del Estado, razona la recurrente que la inactividad de la administración concedente hizo inviable la ejecución de las obras a un ritmo razonable normal. En el informe técnico se

señala que la ejecución de las obras implica la tramitación de 2.120 expedientes expropiatorios individualizados, siendo la oposición que presentaron algunos de los propietarios a la ocupación de sus terrenos, que ocasionó 42 solicitudes de auxilio a la Administración expropiante, entre el 18 de Marzo de 2005 y el 30 de Junio de 2006, lo que ocasionó el retraso en la ejecución de las obras. Sin embargo, ni está acreditado en autos tal retraso, que se imputa sin precisar los concretos expedientes expropiatorios que sufrieron retrasos, en qué supuestos se produjo la oposición de los propietarios a la ocupación de los terrenos y, en su caso, qué incidencia pudo tener esa concreta oposición en el desarrollo de las obras. De tal manera que, hemos de concluir, las alegaciones realizadas en la demanda al respecto no pasan de ser meras manifestaciones de parte, carentes del debido respaldo probatorio. En relación con los motivos de impugnación examinados, cabe recordar que la ya citada S.T.S., de 16/02/01 señala que "la apreciación de ese resultado lesivo que resulta necesario lo que requiere es una efectiva prueba de que, como consecuencia de esa actuación imputable a la Administración, el contratista reclamante de la indemnización ha sufrido un real quebranto en su esfera patrimonial que no tenga la obligación de soportar, por la vía del daño emergente o por la del lucro cesante. Prueba cuya carga incumbirá a dicho contratista que invoque haber experimentado ese resultado lesivo. Y el lucro cesante, a su vez, no es la desaparición de una abstracta o teórica posibilidad de ganancia, pues, para ser apreciado, exige probar que el reclamante de la indemnización perdió, como consecuencia de la actuación administrativa, un beneficio económico que constituía para él una concreta y segura expectativa.

El T.S., recuerda que no obstante en el sentir del recurrente esas afirmaciones no son en absoluto exactas toda vez que las pruebas practicadas, así como la documentación obrante en autos y la acompañada en el escrito de demanda ("...que no constan en el expediente administrativo, aun cuando deberían formar parte de él", dice la Sentencia recurrida en el FD 6º), sí se acredita de manera decisiva la existencia de los hechos que seguidamente enumera, hechos motivados, en todo caso, por la actuación de las Administraciones Públicas competentes: El recurrente afirma tras una amplia y extensa valoración de la prueba que: 1) Sí hay retrasos motivados por el incumplimiento administrativo de la obligación de la puesta a disposición de las fincas expropiadas, cuyos justiprecios ya habían sido abonados con anterioridad. 2) Sí hay igualmente retrasos en la ejecución del enlace de Los Beatos a por causas imputables a la Administración demandada. 3) Sí hay de igual forma retrasos en la aprobación del proyecto de construcción de la obra civil de túneles, motivados por las dificultades legales surgidas de la derogación de la Instrucción para el Proyecto de Construcción y Explotación de Obras Subterráneas para el Transporte Terrestre, aprobada por medio de la Orden del Ministerio de Fomento de 19 de Noviembre de 2008 (IOS/98, en adelante). 4) Sí hay retrasos en las modificaciones de las líneas de transporte de Red Eléctrica Española, ajenos por completo a la contratista. 5) Y las obras derivadas del proyecto complementario nº 1 "Proyecto de recuperación y conservación de restos arqueológicos en "Finca Petén" por importe de 4.948.248,45 € (I.V.A., incluido) sí son ejecutadas por exigencias de las Administraciones Públicas competentes (Estado y Región de Murcia).

Concluye alegando que la Sala de instancia no puede partir del supuesto de una falta de acreditación de la existencia de retrasos imputables a la Administración demandada y de la imposición de las relativas al proyecto complementario nº1 "Proyecto de

Recuperación y conservación de restos arqueológicos en Finca Petén", y que al obrar así, el fallo recurrido incurre en un error de hecho patente, privando al mismo de la inexcusable motivación, al haber prescindido de documentos probatorios que resultan determinantes. Cita el recurrente en apoyo de su tesis las Sentencias del T.C., de 29 de Noviembre de 1999 y 26 de Febrero de 2001, entre otras, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 2004 (R.J. 2005,524) y 23 de Septiembre de 2009 (R.J. 2009, 7319), efectuando reproducción parcial de contenidos de la última Sentencia. El Abogado del Estado en su oposición al recurso de casación sale al paso de la argumentación del motivo primero, aduciendo que el mismo es inadmisibles ya que los vicios relativos a la valoración de prueba efectuada por el Tribunal a quo que se considere errónea de forma manifiesta debe plantearse al amparo del Art. 88.1,d) y no del 88.1,c) como hace el recurrente, citando al efecto la Sentencia de 3 de Noviembre de 2004 (Rec.7070/2000), de la que efectúa reproducción parcial de contenidos

Expuesto así el planteamiento de la parte se ha de comenzar por dar respuesta al primer motivo de casación indicando que una lectura conjunta de la Sentencia recurrida nos permite afirmar que la misma si tuvo en cuenta toda la prueba practicada.

En el tercer motivo afirma que la Sentencia viola los Art. 9.3 y 120.3 de la C.E. y 218.2 y concordantes de la L.E.C. y la jurisprudencia dictada en su aplicación, al limitarse a una pura y simple remisión a preceptos sin mayor esfuerzo intelectual y argumental para fundamentar su decisión relativa al incremento de los costes indirectos y de estructura por la prolongación de las obras más allá del plazo previsto. En el desarrollo argumental del motivo indica el recurrente que en su fundamento de derecho décimo, el fallo recurrido afirma de forma lacónica que, "en cuanto al incremento de los costes de estructura, baste la remisión a lo ya expuesto en cuanto a costes, estando incluidos de manera expresa los referidos costes en el concepto de gastos generales, tal como dispone el precitado Art. 131 del R.G.L.C.A.P. y, por tanto, contemplados en los distintos proyectos y modificados" (sic). Pone de relieve el recurrente que si se acude al citado fundamento de derecho octavo no hay más que una sucesión de citas literales de los Arts. 130, 131 y 153 del R.G.L.C.A.P.⁵⁷⁰ a propósito de esta cuestión, careciendo de

⁵⁷⁰El Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre, por el que se aprueba el R.G.L.C.A.P., regula en su Art. 130 "el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra", estableciendo: "1. El cálculo de los precios de las distintas unidades de obra se basará en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución, sin incorporar, en ningún caso, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que pueda gravar las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizados. 2. Se considerarán costes directos: a) La mano de obra que interviene directamente en la ejecución de la unidad de obra. b) Los materiales, a los precios resultantes a pie de obra, que quedan integrados en la unidad de que se trate o que sean necesarios para su ejecución. c) Los gastos de personal, combustible, energía, etc. que tengan lugar por el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de obra. d) Los gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas. 3. Se considerarán costes indirectos: Los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos, excepto aquéllos que se reflejen en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, que adoptará, en cada caso, el autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su previsible plazo de ejecución. 4. En aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aprobación de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios que figuran en sus presupuestos podrán los órganos de contratación, si

cualquier tipo de hilo argumental o razonamiento, por lo que estima que el fallo de instancia elude de este modo un pronunciamiento sobre un aspecto determinante de la pretensión de resarcimiento, lo que carece de toda justificación. Expone que esa respuesta de la Sala de instancia es tanto más injustificada cuanto que las pruebas practicadas en la instancia revelan que el retraso en la conclusión de las obras, lejos de estar originado en la conducta de la concesionaria, está motivado por diferentes incumplimientos contractuales de la Administración demandada. Afirma que la remisión al Art. 130.3 del R.G.C.A.P., no puede desvirtuar el alegato de la recurrente, so pretexto de que los costes indirectos reclamados ya son cuantificados en la definición de las unidades de obra correspondientes a los proyectos constructivos. Indica que es verdad que el precepto reglamentario permite tener en cuenta los costes indirectos en la formación de cada unidad de obra, pero no lo es menos que su apartado 3 in fine dispone que ello debe efectuarse a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, así como de la importancia del presupuesto y "de su previsible plazo de ejecución". Añade que eso es exactamente lo que acontece en el presente supuesto, en la medida en que el previsible plazo de ejecución del contrato concesional (23 meses) es alterado, incrementándose en una cuarta parte (29 meses) a resultas de los distintos incumplimientos contractuales de la Administración demandada. Sostiene el recurrente que el aumento imprevisto de los costes indirectos, que el informe técnico de CLOTHOS ratificado y no impugnado de contrario cuantifica razonadamente en 20.298.325,67 € (I.V.A., incluido), no debe ser en consecuencia soportado por el actor, sino que por el contrario ha de ser resarcido en su integridad. En el sentir de la recurrente la invocación del Art. 131 del Reglamento de la L.C.A.P., no merece mejor suerte, porque nadie discute ni cuestiona la índole presupuestaria o contable del contrato concesional, ni la inclusión de los costes de estructura en el concepto de gastos generales, que aquel precepto aclara. Lo relevante es precisamente si pesa o no sobre mi

la obra merece el calificativo de urgente, proceder a su actualización aplicando un porcentaje lineal de aumento, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación. 5. Los órganos de contratación dictarán las instrucciones complementarias de aplicación al cálculo de los precios unitarios en los distintos proyectos elaborados por sus servicios." El Art. 131 dispone: "Se denominará presupuesto de ejecución material el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas. El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos: 1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material: a) Del 13 al 17%, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas. b) El 6% en concepto de beneficio industrial del contratista. Estos porcentajes podrán ser modificados con carácter general por acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos cuando por variación de los supuestos actuales se considere necesario. 2. El Impuesto sobre el Valor Añadido que grave la ejecución de la obra, cuyo tipo se aplicará sobre la suma del presupuesto de ejecución material y los gastos generales de estructura reseñados en el apartado 1." En el Art. 153 del Reglamento se dispone: "1. Todos los trabajos, medios auxiliares y materiales que sean necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquier unidad de obra, se considerarán incluidos en el precio de la misma, aunque no figuren todos ellos especificados en la descomposición o descripción de los precios. 2. Todos los gastos que por su concepto sean asimilables a cualquiera de los que, bajo el título genérico de costes indirectos se mencionan en el Art. 130.3 de este Reglamento, se considerarán siempre incluidos en los precios de las unidades de obra del proyecto cuando no figuren en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas."

representada el deber de soportar el importante crecimiento del conjunto de los costes de estructura, resultantes de forma directa de la mayor duración de las obras de construcción de la autopista de peaje por causas ajenas por entero a su voluntad, o si al revés incumbe a la Administración demandada el deber de compensar aquél, a riesgo de una ruptura del equilibrio concesional. Argumenta seguidamente que, la cuestión está resuelta por el informe técnico de CLOTHOS, ratificado y no impugnado de contrario, desde el punto y momento en que demuestra que la conclusión de las obras medio año después de lo estipulado motiva una subida fuerte de los costes de estructura soportados por AUCOSTA con relación a la oferta de licitación valorados en 3.483.724,41 € (I.V.A., incluido). En palabras del recurrente la Sala de instancia no despacha esta cuestión, obviándola a través de la citada remisión legal, con lo que vulnera los Arts. 9.3 y 120.3 y 218.3 y concordantes de la L:E.C. y la jurisprudencia condensada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 2010, (R.J. 2010, 24 y 209), que declaran que no pueden considerarse motivados los fallos que partan de premisas inexistentes, empleen una argumentación que padezca quiebras lógicas que conduzcan a su incoherencia e incongruencia, o se limiten a una mera remisión a preceptos sin apoyo en ningún esfuerzo intelectual y argumental para fundamentar su decisión. En abono de su tesis invoca, con reproducción selectiva de contenidos de la misma la Sentencia del T.S., de 15 de Enero de 2010. El Abogado del Estado denuncia que el motivo así planteado no debe admitirse por carecer manifiestamente de fundamento, indica que como se comprueba con la simple lectura del FD 8º de la Sentencia recurrida en el cual, después de realizar la transcripción de una serie de preceptos, efectúa la argumentación de las razones por las cuales rechaza la reclamación de la actora basada en lo que considera ejercicio del *ius variandi* por la Administración y termina con la cita y transcripción parcial de la S.T.S. de 16 de Febrero de 2001. Destaca el Abogado del Estado que también se realiza en este motivo del escrito de interposición una crítica a la valoración probatoria realizada por el Tribunal a quo en su FD 8º, la cual, obviamente, no puede llevarse a cabo al amparo del motivo previsto en el Art. 88.1.c) de la L.J.C.A., por las razones expuestas en los motivos anteriores. Añade que también en este motivo, se invocan cuestiones que son reiteradas por el escrito de interposición en los motivos que formula al amparo del Art. 88.1.d) de la L.C.J.A.

En el cuarto motivo aduce la concesionaria la infracción de los Arts. 106.2 CE, 24 de la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Autopistas, y 239 y 248 de L.C.A.P., al negar sin fundamento a relación de causa- efecto entre la actuación de la Administración demandada y la quiebra sustancial de la economía de la concesión. En el desarrollo argumental del motivo expone que la Sentencia impugnada sostiene que la actuación de la Administración demandante no es causante directa de la ruptura de la economía de la concesión, y que, por el contrario, los "eventuales" (sic) sobrecostes están amparados en los distintos proyectos modificados aprobados durante la ejecución de las obras sin oposición u objeción por parte de la concesionaria, y además ya se hallan comprendidos en la determinación del importe de los adicionales o no son imputables al ejercicio del *ius variandi* (FD 8º). En el sentir del concesionario esa premisa de la que parte el fallo de instancia no es correcta, y afirma que los sobrecostes generados no hallan cobertura en los diferentes proyectos modificados a los que puntualmente hace referencia el fallo impugnado y, por lo tanto, no sólo no están contemplados en la fijación de la cuantía de los adicionales, sino que sí son imputables al poder de modificación unilateral de los contratos de la Administración demandada. Alega el recurrente que los diferentes

sobrecostos obedecen incontestablemente a modificaciones unilaterales impuestas por las distintas Administraciones Públicas intervinientes. En primer lugar arguye que en el caso de las obras en las glorietas, la Sala de instancia reconoce, como no puede ser de otro modo, que constituyen obras impuestas, al tiempo que da por buena la reducción del importe reclamado en proporción a lo "realmente" (sic) ejecutado sobre la base de una pretendida inejecución de las obras concernientes a dos de las glorietas (pp.kk. 105+930 y 107+000) denunciada por los informes ministeriales de 4 de Junio de 2008 y 12 de Febrero y 7 de Mayo de 2009. Para el recurrente resulta incomprensible que el fallo recurrido de por buena la supuesta inejecución de parte de las obras como fundamento de la negativa (es un eufemismo denominarlo minoración) al abono de la preceptiva compensación, a partir de unos informes que se revelan inexactos, tal como ha quedado de manifiesto más arriba. Aduce que las meras afirmaciones carentes de toda apoyatura que están contenidas en dichos informes significan una inversión de la carga de la prueba que no cuenta con ningún respaldo legal y vulneran las reglas relativas a las modificaciones de los contratos que con tanto detalle menciona el fallo de instancia. Concluye que lo cierto y verdad es que existe la modificación unilateral, que está reconocida por la Administración demandada, y que, a falta de prueba en contrario, debe ser resarcido el sobre coste derivado de la misma. En segundo lugar y en relación con el supuesto de las obras de la glorieta del enlace nº 12, el fallo de instancia hace suyo el alegato de la Administración demandada según el cual la legislación de contratos no permite calificarlas como obras impuestas. En opinión del recurrente ello no es conforme a derecho, salvo que se pretenda hacer primar una interpretación literal de dicha normativa, formalista y contraria además a la jurisprudencia de la Sala en virtud de la cual el desequilibrio contractual debe resultar de prestaciones del contratista que no provengan de su propia iniciativa y de una voluntad maliciosa, sino más bien de hechos procedentes de la Administración contratante que le lleven razonablemente a creer que recae en el mismo un deber de colaboración con aquélla (p.ej. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 2002 [R.J. 2003, 6028], 27 de Octubre de 2004 [R.J. 2004, 7349], 10 de Noviembre de 2004 [R.J. 2004, 7354], 20 de Julio de 2005 [R.J. 2005, 8635], 2 de Octubre de 2006 [R.J. 2006, 7663], 18 de Diciembre de 2007 [R.J. 2008, 506] o 28 de Abril de 2008 [R.J. 2008, 2486]). Expone que el documento nº 2 del escrito de demanda, que la Sala no toma en consideración, corrobora que las obras en la glorieta del enlace nº 12 constituyen una concesión otorgada a los vecinos de varias poblaciones a resultas de diversas reuniones celebradas en Junio de 2005, e impulsadas por la Administración demandada, pues no en balde tienen lugar en la sede de la Delegación del Gobierno de la Región de Murcia; En tercer lugar, y en relación con las obras de realización de las medidas correctoras de conservación del yacimiento arqueológico "Finca Petén", frente al criterio de la Sala que de nuevo hace suyo el planteamiento de los informes ministeriales de 4 de Junio de 2008, 12 de Febrero y 7 de Mayo de 2009, afirma que sí representan obras impuestas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de la L.C.S.P., y la doctrina jurisprudencial conforme a la cual no ha lugar imputar al contratista un mayor coste o el daño proveniente de vicios ocultos del terreno, técnicamente imprevisible y de gran magnitud y consecuencias (p.ej. S.T.S., de 11 de Mayo de 1995). Indica el recurrente que el oficio de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales de la Región de Murcia de 15 de Abril de 2010, remitido en fase de prueba es concluyente al respecto, toda vez que, primero, da fe de la verdadera magnitud y amplitud del yacimiento y de la relevancia de los hallazgos arqueológicos, y segundo, acredita que

ello sólo puede ser constatado de modo sobrevenido y que las medidas correctoras son tomadas a la vista de la totalidad de los trabajos realizados durante un largo período de tiempo, siendo hasta entonces imprevisibles por falta de elementos de juicio suficientes. De ahí la consideración obligada como obras impuestas y, por ello, resarcibles, al derivar de los descubrimientos obtenidos a lo largo de los complejos trabajos de excavación ordenados a la empresa, siendo aplicable la doctrina del *factum principis* de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (p.ej. Sentencia de 29 de Mayo de 2007, [recurso de casación nº 8202/2004]). En relación con el cuarto supuesto las obras incluidas en el "Proyecto Modificado nº 2 (Explanación y drenaje). Enlace con la carretera A-332. Autopista de Peaje Cartagena-Vera", la Sala de instancia sí reconoce de forma explícita su consideración como obras impuestas, en consonancia con su reconocimiento previo por la Administración demandada. En relación con el quinto supuesto aduce que igualmente la Sala de instancia califica como sobrecostos los gastos asumidos por el recurrente relativos a las obras ejecutadas para la adaptación de los túneles al R.D. 635/2006, de 26 de Mayo. Destaca el contratista que la totalidad de los sobrecostos expuestos no sólo no están amparados en los diferentes proyectos modificados aprobados a lo largo del proceso de ejecución de las obras, sino que más bien al contrario derivan de modificaciones contractuales unilaterales, de la adaptación a requerimientos técnicos impuestos por una nueva normativa y de varios retrasos, tal como acreditan las pruebas practicadas en el proceso de instancia. En palabras del recurrente yerra el fallo recurrido al asumir como presupuesto de partida que los proyectos modificados son aprobados sin oposición ni recurso por parte del concesionario, de suerte que no se producen sobrecostos indemnizables, y al actuar así, la Sentencia impugnada vulnera los Arts. 106.2 de la C.E, 24 de la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Autopistas y 238 y 239 L.C.A.P, y la jurisprudencia recaída en la materia, por lo que debe ser casada y anulada por este motivo⁵⁷¹.

En el quinto motivo la concesionaria alega la infracción de los Arts. 24.2, 25 *bis* y 30 de la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Autopistas, y 248.2.b) y 248.3 L.C.A.P, al rechazar que la causa del retraso en la conclusión de las obras estribe en los incumplimientos contractuales de la Administración demandada. En el desarrollo argumental del motivo expone que la Sentencia impugnada estima que no hay incumplimiento alguno por parte de la Administración demandada y que el retraso en la terminación de las obras es únicamente imputable a la concesionaria, de suerte que no ha lugar a resarcimiento alguno (FD 8º). Explica la concesionaria que las pruebas practicadas a lo largo del

⁵⁷¹ El Abogado del Estado se opone a la estimación del cuarto motivo alegando en síntesis que este motivo va dirigido a combatir lo alegado por la Sentencia recurrida en su FD 8º y, sin embargo, no somete a crítica a la *ratio decidendi* de la Sentencia recurrida sobre este punto que fue que las modificaciones al contrato se habían llevado a cabo sin oposición por parte de la ahora recurrente. Recuerda la Administración recurrida que el Art. 146.2 de la L.C.A.P (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, que es *ratione temporis* la norma aquí aplicable) establece que de las modificaciones fijadas por la Administración se dará audiencia al contratista, el cual puede no aceptar los precios fijados para esa modificación de la obra, en cuyo caso el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario o ejecutarlas directamente. Añade que a tenor del Art. 59.1 de la L.C.A.P esa audiencia al contratista en los supuestos de modificación de los contratos por la Administración por razones de interés público ha de darse en todas las modalidades contractuales. Expone que, lo que, en realidad, contiene este motivo es una impugnación de la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sin que se plantee ningún problema de interpretación jurídica de normas por lo que el motivo debería declararse inadmisibile.

proceso de instancia revelan de modo inequívoco que el retraso en la finalización de las obras es completamente ajeno a la voluntad del recurrente y que esas mismas pruebas demuestran a la inversa que el retraso está motivado por diferentes incumplimientos contractuales de la Administración demandada. Para el recurrente son ilustrativos el certificado evacuado el 1 de Marzo de 2010, los documentos públicos aportados en fase de prueba, el oficio de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales de la Región de Murcia de 15 de Abril de 2010, de los que se desprende retrasos imputables a la Administración. Estima por tanto que la invocación de los Arts. 130.2 y 131.1 del Reglamento de la L.C.A.P., representan un mero argumento retórico para sostener que los costes indirectos reclamados ya han sido cuantificados con ocasión de la definición de las unidades de obra correspondientes a los proyectos constructivos. Explica que debido a los incumplimientos contractuales de la Administración demandada se produjeron unos costes indirectos que el informe técnico de CLOTHOS, ratificado y no impugnado de contrario, cuantifica en 20.298.325, 67 € (I.V.A., incluido). En relación a los costes de estructura indica que el informe técnico de CLOTHOS ratificado y no impugnado de contrario demuestra bien a las claras que la conclusión de las obras seis meses más tarde del plazo contemplado en el contrato concesional entraña un gran aumento de los costes de estructura de la concesionaria con relación a la oferta de licitación por valor de 3.483.724,41 € (I.V.A., incluido), que causa la quiebra de la economía de la concesión, a resulta del incumplimiento contractual de la Administración demandada. El Abogado del Estado se opone a la estimación del quinto motivo argumentado que nos encontramos ante un motivo inadmisibile pues en él no se alega cuestión de interpretación jurídica alguna de los preceptos legales en que se fundamenta (Arts. 24.2 , 25 *bis* y 30 de la Ley de Autopistas y 248.2.b) y 248.3 de la L.C.A.P.), sino simple discrepancia con la valoración que de las pruebas llevó a cabo el Tribunal de instancia en orden a determinar si hubo sobrecostes derivados de determinados retrasos en la finalización de las obras no imputables al recurrente. Pone de manifiesto que la cuestión se aborda en el FD 10º de la Sentencia recurrida en el cual se efectúa una valoración de las pruebas existentes al respecto que no puede considerarse -ni siquiera se alega por el recurrente- arbitraria. En abono de su tesis invoca, con reproducción selectiva de contenidos de las mismas, la S.T.S., de 7 de Noviembre de 2011, casación núm. 1.322/2009. UNDÉCIMO.- Un examen del planteamiento del quinto motivo de casación a la luz de las alegaciones cruzadas de las partes permite afirmar con segura certeza que nuevamente el recurrente sostiene que la Sentencia ha infringido de los Arts. 24.2, 25 *bis* y 30 de la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Autopistas, y 248.2.b) y 248.3 L.C.A.P., para luego olvidar en el desarrollo argumental del motivo cualquier referencia a estas normas, si hace mención a los Arts. 130 y 131 del Reglamento, que no citó en la prelación, pero sin indicar cómo y en qué medida son infringidos por la Sala de instancia, y nuevamente centra todo su esfuerzo argumental en demostrar que la Sala de instancia ha incurrido en un error en la valoración de la prueba. Todas las consideraciones expuestas en el Fundamento de Derecho Noveno de esta Sentencia para desestimar el cuarto motivo de casación son predicables a la desestimación del quinto motivo del recurso.

En el sexto motivo imputa nuevamente a la Sentencia de instancia la infracción de los Arts. 24, 25 *bis* y 30 de la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Autopistas, al negar la imputabilidad a la Administración demandada del retraso en la apertura al tráfico de la autopista de peaje. Expone el recurrente que la Sentencia impugnada rechaza que el

retraso en la apertura al tráfico de la autopista de peaje sea imputable a la Administración demandada, razonando que los informes del Ministerio de Fomento de 4 de Junio de 2008, 12 de Febrero y 7 de Mayo de 2009, lo rechazan "de manera razonada", lo que "no ha quedado desvirtuado en el procedimiento" (sic, FD 10º). En el sentir del recurrente la argumentación de la Sala de instancia no es consistente, porque se funda en el indebido olvido de los datos contenidos en las pruebas documentales aportadas a los autos, y sólo eso hace posible que la Sala de instancia haga suyo de forma acrítica el criterio de la Administración demandada. Afirma que una simple lectura de las pruebas documentales recabadas en fase de prueba permite advertir de inmediato que los retrasos acumulados en la apertura al tráfico de la autopista de peaje están provocados por la adaptación de los túneles al R.D. 635/2006 y la falta de disponibilidad de la conexión con aquella en el enlace de Los Beatos, causados a su vez por la actuación de la Administración demandada. Sostiene que de todo ello resulta el lucro cesante y los daños y perjuicios sufridos por la concesionaria como consecuencia de la pérdida de ingresos por tales retrasos y el aumento de los costes financieros derivados de la misma. Añade que las pruebas documentales revelan de igual forma que el recurrente no es responsable de ningún supuesto retraso de nueve meses en la presentación del proyecto de construcción de la obra civil de túneles, tal como ha expuesto con anterioridad. Explica que las pruebas documentales desmienten cualquier pretendida incorrecta ejecución de determinadas unidades de obra pese a las reiteradas órdenes impartidas por la D.G.C., y que de ser cierto, tal como con notoria ligereza afirman los informes ministeriales en los que se apoya la Sentencia recurrida, la Administración demandada habría impuesto las penalizaciones procedentes a mi representada por inobservancia de los plazos previstos. Entiende el recurrente que de acuerdo con las pruebas practicadas y con los cálculos realizados por el informe técnico de CLOTHOS ratificado y no impugnado de contrario, el incremento de los costes financieros que AUCOSTA soporta a resultas de la mayor inversión realizada por las obras impuestas por la Administración demandada debido a causas completamente ajenas a su voluntad., sobrecostes que se elevan a 3.361.300,61 € (I.V.A. incluido), que la Administración demandada debe resarcir, so pena de ser vulnerados, tal como hace la Sentencia impugnada, los Arts. 24.2, 25 *bis* y 30 de la Ley 8/1972.

El Supremo señala que con independencia de la conclusión expuesta, a mayor abundamiento, hemos de señalar que lo que realmente pretende el recurrente en los distintos motivos del recurso de casación analizados, con independencia de las distintas vulneraciones formales y sustantivas que en ellos se denuncian, es establecer, en contra del criterio expresado en la Sentencia impugnada y por remisión a algunas de las prueba practicadas que repasa minuciosamente, cada uno de los hechos en que fundamenta su pretensión de indemnización, especialmente la realización de obras no previstas en el proyecto, modificados que aceptó y que determinaron un retraso. En definitiva, por tanto, trata el recurrente de cuestionar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia en cuanto concluye que no era procedente el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión que no se había visto perturbado por la realización de unos modificados del proyecto inicial que habían sido aceptados por la parte, y que no había retrasos imputables a la Administración, pretendiendo mediante su calificación como errónea, que esta Sala la sustituya por los contenidos que resultan de otras prueba practicadas y en concreto la pericial de parte ya citada, pretensión inaccesible a la casación en la que, en principio, no tiene cabida la crítica de la

valoración de la prueba. Se ha de recordar que las cuestiones relativas a la prueba, como ha señalado este Tribunal (por todas, Sentencia de 8 de Febrero de 2010 -R.C. núm. 4235/2006- F.D. 5 º-, en la que se citan las de 25 de Marzo de 2002 –Rec. núm. 9171/1996 - F.D. 1º-, y de 27 de Mayo de 2008 -Rec. núm. 5751/2004 - F.D. 4º- entre otras muchas), sólo en muy limitados casos -declarados taxativamente por esta Sala- pueden plantearse en casación. Tales casos son: a) La infracción del Art. 217 de la actual L.E.C./2000, que puede traducirse por una vulneración de las reglas que rigen el Reparto de la carga de la prueba, invocable a través del Art. 88.1.d de la misma; b) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o no se ha admitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso; c) Infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el Art.24 de la C.E. comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el T.S.; e) Infracción cometida cuando, al "socaire" de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; f) Errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes , que, al ser aceptados por la Sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último, g) Cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada. En ninguna de esas hipótesis puede tener entrada el planteamiento de la recurrente a lo largo de todos los motivos de casación que hemos estudiado⁵⁷².

⁵⁷² A la vista de cuanto acabamos de exponer en el Fundamento de Derecho precedente, la cuestión aquí controvertida, de carácter esencialmente jurídico, viene constituida por la necesidad de determinar si la demora en el plazo de ejecución del contrato de obra, como consecuencia de distintas modificaciones aprobadas por la Administración y a las que no se opuso el contratista (actual recurrente en casación), puede dar lugar a la aplicación de la revisión de precios regulada en el Art. 103 del T.R.L.C.A.P., vigente a la sazón, y ello, a pesar de que tal posibilidad resultó en su día expresamente excluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato. Así la cláusula 51 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el concurso estableció que: «En ningún caso, y atendiendo a las peculiares características de este contrato de concesión, procederá aplicar fórmula o sistema de revisión de precios de las obras». La respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa. En primer lugar el recurrente entiende que la Sentencia de instancia ha infringido los Arts. 24.2º de la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, de Autopistas , y 239.3 y 240 L.C.A.P., al denegar la posibilidad de revisión de precios, cuando dicha cuestión está regulada en el Art. 103 del T.R.L.C.A.P., y no en los preceptos en que apoya el motivo, basta su lectura para comprobar que regulan otras cuestiones. Toda la jurisprudencia que cita el recurrente es anterior al T.R.L.C.A.P. Lo anteriormente expuesto bastaría para desestimar el motivo. En segundo lugar la revisión de precios quedó clara y tajantemente excluida, sin atisbo alguno de la oscuridad en el P.C.A.P., de concesión que aquí nos ocupa, de conformidad con el principio de libertad de

9.5. El Dictamen sobre el Puerto de Laredo.

El 28 de Octubre de 2004, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria autorizó la celebración del contrato denominado "concesión de obra pública para la construcción del nuevo puerto pesquero recreativo deportivo en Laredo y explotación de las dársenas recreativas deportivas y aparcamiento de vehículos", con un presupuesto base de licitación de 61.267.730,64 €, cuyo expediente de contratación debería tramitar la Consejería de Obras Públicas y Vivienda⁵⁷³. El mismo día el Consejero de Obras Públicas y Vivienda acordó aprobar el anteproyecto de nuevo puerto pesquero recreativo deportivo redactado por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. El 1 de Diciembre de 2004, el Consejero de Obras Públicas y Vivienda aprobó el expediente de contratación y el pliego de cláusulas administrativas particulares. En él se establecía que el plazo de ejecución del contrato era de dos meses para la elaboración del proyecto, desde la firma del contrato, de veinticuatro meses para la ejecución de las obras, a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo, y de cuarenta años para la concesión. También se determinaba que, entre los criterios de adjudicación, figuraba el importe de las tarifas a aplicar por la utilización de la obra y la aportación solicitada por el concursante a la Administración, ambas de forma inversamente proporcional.

El presente procedimiento se inicia a solicitud de la empresa concesionaria, que a finales del año 2010, pidió el reequilibrio económico financiero del contrato, (puntos: trigésimo y trigésimo primero de antecedentes)⁵⁷⁴. Constituye un derecho del

pactos contenido en el Art. 4 del T.R.L.C.A.P., en relación con el Art. 103.3 del mismo texto legal, cuyos términos y motivación fueron aceptados voluntariamente por la mercantil hoy recurrente, tanto al concurrir al concurso regido por tales P.C.A.P., como al suscribir el propio contrato de adjudicación de las obras, siendo estos los elementos sobre los que, en su caso, debe aplicarse la idea de claridad u obscuridad, y en los que en el caso actual no apreciamos obscuridad alguna, que exija interpretación, quedando a riesgo y ventura del concesionario las variaciones u oscilaciones de precio. En tercer lugar la validez de una cláusula como la cuestionada en este proceso está admitida en la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 30 de Junio de 2009 (Recurso de Casación nº.4296/2007) y de la Sección Séptima de esta Sala de 21 de Junio de 2011 (Recurso de Casación nº.110/2009), cuya doctrina es plenamente aplicable al caso actual. Por todo lo cual procede la desestimación del último motivo y por ende del recurso de casación.

⁵⁷³ Ver Dictamen del Consejo de Estado de 26 de Abril de 2012. Número de expediente: 407/2012 (COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA). Referencia: 407/2012. Asunto: Modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción del nuevo puerto pesquero recreativo deportivo en Laredo y explotación de las dársenas recreativas deportivas y aparcamiento de vehículos.

⁵⁷⁴ Del pliego destacan las siguientes cláusulas: Cláusula 3.- FINANCIACIÓN. El concesionario asumirá la financiación de la totalidad de las obras relativas al nuevo puerto sin perjuicio de lo establecido en la cláusula M del cuadro de características específicas del contrato [que se refería a la aportación de la Administración solicitada por el concesionario] (...). El Gobierno de Cantabria no avalará ningún tipo de operación de crédito que pueda realizar el adjudicatario a efectos de su propia financiación. Los concursantes justificarán la forma de financiación a que proyectan recurrir y el concesionario habrá de garantizar las operaciones de financiación complementarias si eventualmente fuesen precisas por una elevación de los costes (...). Cláusula 6.- TARIFAS Las tarifas iniciales a aplicar por la utilización de las dársenas de atraque, del aparcamiento y, en su caso, de otros servicios prestados por el concesionario en relación con la actividad náutico-deportiva, serán las que se indiquen en la oferta del adjudicatario, las cuales tendrán la consideración de tarifas máximas a aplicar. En caso de que no resulte de aplicación la revisión de tarifas para el mantenimiento de las condiciones económicas del contrato que se prevé en la cláusula 31 bis, estas tarifas se revisarán anualmente a petición del concesionario, transcurridos doce meses desde el inicio de la explotación, tomando como base el índice de precios al consumo (I.P.C.)

aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo competente, correspondiente al año natural anterior y una vez autorizadas por el Consejo de Gobierno (...). Cláusula 18 bis.- PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA Y LIMITACIONES. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con los Art. 98 y 144 del T.R.L.C.A.P., (...). Se contempla la posibilidad de la existencia de prórrogas para la ejecución de las obras, que se regularán de conformidad con lo dispuesto en el Art. 96 del T.R.L.C.A.P., sin que su posible aumento de plazo afecte al de duración de la concesión, que no excederá de 40 años contados a partir de la fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo. Así mismo, en los casos de retrasos en la ejecución de las obras por causa de fuerza mayor previstos en el Art. 144 del T.R.L.C.A.P., (...), el concesionario tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra igual al retraso habido, salvo que solicite uno menor. Cláusula 22.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Son obligaciones del concesionario las siguientes: A) OBLIGACIONES GENERALES El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones con carácter general: a) Ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato. b) Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación (...). Cláusula 31 bis.- EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO El concesionario tiene derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión en los términos en que fue considerado para su adjudicación, teniendo en cuenta tanto el interés de aquél como el interés general, prevaleciendo éste en caso de discrepancia. La Administración restablecerá el equilibrio económico del contrato de modo simétrico, es decir, en beneficio de la parte que corresponda -de sí misma o del concesionario- cuando ello sea necesario. El restablecimiento del equilibrio económico del concesionario se realizará exclusivamente en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra. b) Cuando las causas de fuerza mayor previstas en el Art. 144 del T.R.L.C.A.P., o por las actuaciones de la Administración, se determine de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. c) Cuando se produzcan circunstancias imprevisibles desconocidas o no razonablemente predecibles en el momento en que se estableció el contrato de concesión. A tal efecto, las referidas circunstancias imprevisibles, para ser consideradas como tales por la Administración, deberán cumplir las siguientes características: 1.- El evento que las cause debe ser absolutamente impredecible en el momento en que se fijan los términos del contrato de concesión e inevitable para el concesionario. 2.- El contrato de concesión debe poder seguir cumplido una vez que el evento haya ocurrido. 3.- El evento debe dar lugar a un incremento sustancial de los costes de prestación del servicio o una reducción sustancial del ingreso para el concesionario, no siendo suficiente una mera reducción del beneficio esperado por éste. 4.- El concesionario no debe haber demostrado mala fe en su actuación frente a dicho evento. En ningún caso el derecho al mantenimiento económico de la concesión se materializará a través de indemnizaciones de la Administración, sino que en su caso será realizado, de forma preferente, por medio de la modificación de las condiciones económicas del contrato relativas al plazo concesional o a las tarifas a aplicar por la utilización de las obras y, de forma excepcional, por medio de la modificación de alguno de los demás parámetros que se contemplen en el estudio económico-financiero presentado por el concesionario. Todos los ajustes o modificaciones de las variables o condiciones económicas efectuadas con posterioridad a la firma del contrato deberán ser aprobadas previamente por la Administración e incorporadas al mismo. a) Modificación del plazo concesional En los casos de retrasos en la ejecución de la obra por causa de fuerza mayor previstos en el Art. 144 del T.R.L.C.A.P., o cuando el retraso sea debido a una causa achacable a la Administración, el concesionario tendrá derecho, además de la prórroga en el plazo de ejecución que se indica en la cláusula 18 bis, a una prórroga similar al retraso habido en el plazo de la concesión (...). Asimismo, si por cualquier circunstancia imprevisible o actuación de la Administración de las que se indican anteriormente se rompiera el equilibrio económico del contrato, se procederá inicialmente a realizar un ajuste del plan económico-financiero en lo relativo al plazo concesional, según la fórmula o sistema propuesto por el licitador en su oferta en el correspondiente estudio económico-financiero, siempre que no se supere el límite máximo establecido en el Art. 263 del T.R.L.C.A.P. b) Modificación de las tarifas Si la concurrencia de fuerza mayor, circunstancias imprevisibles o actuaciones de la Administración indicadas en los apartados anteriores, implicasen mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, o cuando ésta no sea aplicable por superarse el límite admitido legalmente, se procederá a ajustar el plan económico-financiero en lo relativo a las tarifas a aplicar por la utilización de la obra, según la fórmula o sistema propuesto por el licitador en su oferta en el correspondiente estudio económico-financiero. c) Modificación de otras variables La modificación de otras variables de la

explotación reflejadas en su caso en el estudio económico-financiero, según las fórmulas o sistemas propuestos por el concesionario en su oferta, deberá ser justificadas por éste por no ser aplicables los ajustes en el plazo concesional o las tarifas y deberán ser sometidas previamente a la aprobación de la Administración. Cláusula 32.- NATURALEZA DEL CONTRATO Y RÉGIMEN JURÍDICO A todos los efectos, este contrato se considera administrativo y se entiende celebrado a riesgo y ventura del adjudicatario. La Administración ostenta la prerrogativa de interpretar y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente puede modificarlo por razones de interés público debidamente justificadas. Licitado el contrato, se presentaron seis licitadores y todos ellos fueron admitidos. La oferta de los promotores, indicaba que esta última sociedad estaba participada al 99,99% por Caja Cantabria, la cual prestaría de modo preferente la financiación y los servicios financieros necesarios, y proponía la segunda aportación económica más reducida del Gobierno de Cantabria, en relación con los demás licitadores. Tras el informe técnico sobre las ofertas de la Dirección General de Puertos y Costas, la Mesa de Contratación en su sesión de 23 de Junio de 2005, ratificó su propuesta de adjudicación del contrato a favor de la U.T.E. A solicitud de la Administración autonómica, los promotores citados presentaron un escrito en el que confirmaban su total aceptación de los pliegos que regían el concurso y en particular "en todo lo relativo al equilibrio económico financiero del contrato". Mediante escritura pública de fecha 21 de Julio de 2005, los promotores citados constituyeron una sociedad anónima, cuyo objeto social exclusivo era la construcción del nuevo puerto pesquero recreativo deportivo de Laredo y la explotación de las obras y zonas objeto de concesión. El 14 de Octubre de 2005, el Consejero de Obras Públicas y Vivienda adjudicó el contrato a varios licitadores, en las condiciones de su oferta, que incluían un precio de redacción del proyecto de 995.000 €, un precio de ejecución de las obras de 64.376.925 €, una aportación solicitada al Gobierno de Cantabria de 45.855.185 € y un canon de explotación de 97.650 € anuales para el año 1 de la concesión, actualizable. El 21 de Diciembre de 2005, se formalizó en documento administrativo el contrato. La cláusula segunda comenzaba así: ...: asumirá el siguiente condicionado sin aumento del precio solicitado como aportación de la Administración y sin modificación de las condiciones de explotación: 1) Conforme a lo dispuesto en la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el contrato se entiende celebrado a riesgo y ventura del concesionario. En consecuencia, no cabrá la revisión al alza de la aportación fija solicitada al Gobierno de Cantabria, con independencia del tratamiento fiscal, presupuestario o de otra índole que la misma merezca y de las consecuencias que [de] ello pudieran derivarse para el adjudicatario. El 7 de Marzo de 2006, se firmó un contrato de asistencia técnica para la supervisión del proyecto del nuevo puerto pesquero recreativo deportivo de Laredo entre el Consejero de Obras Públicas y Vivienda y las empresas. Por resolución de 24 de Abril de 2006, el Consejero de Obras Públicas y Vivienda aprobó el proyecto del nuevo puerto pesquero recreativo deportivo en Laredo y autorizó el replanteo de las obras. El 27 de Abril de 2006, se firmó el acta de comprobación del replanteo, en la que se dejó constancia de que no estaba liberada la zona de las instalaciones de naves portuarias, pues quedaban por desalojar pescadores y diferentes negocios. En representación de la empresa constructora firmó la U.T.E. Tras una solicitud de la concesionaria y en aplicación del Art. 239.2 de la L.C.A.P. el 31 de Enero de 2008, el Presidente de Puertos de Cantabria concedió una prórroga de ocho meses en el plazo de terminación de las obras, que debían finalizar el 27 de Octubre de 2008, así como un aumento del plazo concesional, que quedaba establecido en cuarenta años y ocho meses. El 23 de Julio de 2008, la concesionaria presentó una solicitud de redacción del proyecto modificado número 1, relativo al contradique, aduciendo como causa imprevista el que se habían producido en los últimos quince meses los mayores temporales registrados por la boya Bilbao-Vizcaya en toda su existencia, lo que obligaba a modificar al alza las series estadísticas de altura de ola de cálculo. El Consejo de Gobierno en su reunión de 14 de Agosto de 2008, autorizó su tramitación. Tras una solicitud de la concesionaria y en aplicación del Art. 239.2 de la L.C.A.P., el 29 de Julio de 2008 el Presidente de Puertos de Cantabria concedió una prórroga de nueve meses en el plazo de terminación de las obras, que debían finalizar el 27 de Julio de 2009, así como un aumento del plazo concesional, que quedaba establecido en cuarenta y un años y cinco meses. El 19 de Agosto de 2008, el Presidente de Puertos de Cantabria, como órgano de contratación, vista la autorización del Consejo de Gobierno, autorizó a la concesionaria a redactar el proyecto de modificación número 1. En escrito presentado por la concesionaria el 21 de Agosto de 2008, se solicitaba la continuación provisional de las obras y se decía que el posible incremento presupuestario del modificado no superaría el 20% del precio primitivo del contrato y que su compensación se realizaría mediante el correspondiente reequilibrio económico financiero. Mediante resolución del Presidente de Puertos de Cantabria de 3 de Septiembre de 2008, se acordó la continuación provisional de las obras afectadas por la modificación y se indicó que el

presupuesto adicional, que no superaría el 20% no sería desembolsado por el Gobierno de Cantabria, sino que sería compensado mediante un reajuste del equilibrio económico financiero de la concesión. El 27 de Febrero de 2009, el Presidente de Puertos de Cantabria aprobó el proyecto de modificación número 1. Mediante escrito presentado el 4 de Marzo de 2009, la concesionaria comunicó a la Administración que la mercantil había vendido el 31 de Julio de 2008, sus acciones de ... a los otros dos socios, de modo que habían pasado a ser titulares del cincuenta por ciento de las acciones ... y ... El 30 de Marzo de 2009, el Presidente de Puertos de Cantabria resolvió aprobar el expediente de contratación de la modificación número 1 del proyecto y adjudicarlo, haciendo constar que el presupuesto base de licitación no era objeto de variación, con lo que seguía en 64.376.924,89 €. El 16 de Abril de 2009, se formalizó en documento administrativo el contrato adicional por modificación del proyecto entre la concesionaria y Puertos de Cantabria. Según su cláusula primera, aquella se comprometía a ejecutarlo. Según su cláusula segunda, el contrato no era objeto de variación presupuestaria. Mediante escrito presentado el 12 de Junio de 2009, la concesionaria pidió una prórroga de seis meses tanto en la duración de la obra como en el plazo concesional por la climatología y el oleaje. El 17 de Junio de 2009, el Director de Puertos de Cantabria, por delegación del Presidente, concedió una prórroga de cinco meses para la realización de las obras, que debían estar finalizadas el 27 de Diciembre de 2009. Hacía constar que no se había solicitado el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, por lo que no habría lugar a dicho reequilibrio o reclamación económica *a posteriori*. Mediante escrito presentado el 22 de Julio de 2009, la concesionaria expuso que en el plazo de tres meses se habían sufrido dos temporales extraordinarios, con período de retorno de 65 años, lo cual constituía una causa de fuerza mayor, motivo por el que reclamaba los daños sufridos, que cuantificaba en 3.111.115,53 €. El Inspector de la concesión el 31 de Agosto de 2009, emitió un informe favorable a una compensación de 3.053.345,47 € a la concesionaria. El 17 de Septiembre de 2009, la concesionaria solicitó la redacción de un nuevo proyecto modificado, dado que la Cofradía de Pescadores de Laredo había pedido un aumento de calado de la dársena pesquera de los 3,5 mts., establecidos a los 5 mts., y dada la modificación al alza de los datos estadísticos de oleaje, cuyo presupuesto supondría un incremento menor del 20 por 100. El Consejo de Gobierno en su reunión de 1 de Diciembre de 2009, autorizó su tramitación. Por resolución de 6 de Octubre de 2009, el Presidente de Puertos de Cantabria autorizó a la concesionaria a redactar el proyecto de modificación número 2, con un presupuesto adicional estimado máximo, según la memoria técnica aportada por el concesionario, de 11.734.628,61 €, que representaba un 18,23%. Señalaba que el contratista tenía derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión en los términos de la cláusula 31 bis del pliego. Tras una solicitud de la concesionaria, por resolución de 17 de Noviembre de 2009, el Presidente de Puertos de Cantabria le concedió una prórroga de cuatro meses en el plazo de terminación de las obras, que debían finalizar el 27 de Abril de 2010. Precisaba que esta prórroga no daría lugar a ajuste del equilibrio económico de la concesión. El Presidente de Puertos de Cantabria con fecha 3 de Febrero de 2010, acordó la continuación provisional de las obras afectadas por la modificación número 2. Tras una nueva solicitud de la concesionaria, por resolución de 26 de Marzo de 2010, el Presidente de Puertos de Cantabria le concedió una prórroga de seis meses en el plazo de terminación de las obras, que debían finalizar el 27 de Octubre de 2010. El 21 de Julio de 2010, el Presidente de Puertos de Cantabria aprobó el proyecto de modificación número 2 con un presupuesto base de licitación de 77.220.121,40 €. Mediante escrito de fecha 19 de Octubre de 2010, la concesionaria solicitó el reequilibrio económico financiero de la concesión, a la vista de que la nueva inversión de la obra, 77,2 millones de €, implicaba un aumento total de inversión hasta 85,76 millones. Para mantener la tasa interna de retorno del proyecto del 7,2% (no así la de los accionistas, que pasaba del 10,78 al 9,62%) proponía el aumento en el número de amarres desde los 540 iniciales a 857, el incremento del precio de la plaza de amarre del 15%, y el del plazo concesional desde los 40 años a los 49, todo ello condicionado "a la prestación por parte de la Administración de las garantías y demás condiciones que sean necesarias para obtener de las entidades financieras la financiación prevista en el P.E.F., [plan económico financiero]". Mediante escrito presentado el 2 de Diciembre de 2010, la concesionaria solicitó de nuevo el reequilibrio económico financiero de la concesión. Reproducía el escrito anterior, aumentando los amarres a 859, señalaba que el incremento de las tarifas del 15% era muy similar al resultante de aplicar el incremento general del índice de precios al consumo y expresaba que se encontraba en una situación de notable dificultad para obtener financiación, dada la profunda crisis económica. Pedía un mecanismo para que el Gobierno de Cantabria asumiese el aseguramiento o garantía de que los eventuales déficits se cubrirían, de modo que coadyuvase a la obtención de la financiación del proyecto. Sobre la solicitud anterior emitió informe la empresa, consultora de Puertos de Cantabria, el 20 de Enero de 2011. Explicaba que con el segundo modificado,

cuyo adicional era del 19,95% sobre el precio del proyecto original, la lámina de agua útil de la dársena deportiva aumentaba en 7.617,82 m², con lo que se permitía un incremento en los atraques hasta 859. Añadía que con el segundo modificado el presupuesto de ejecución material subía de 46.636.427,77 € a 55.940.395,10 € por variaciones de diversas partidas. El 27 de Enero de 2011, el Inspector de la concesión, de Puertos de Cantabria, informó que la revisión de las tarifas era incluso menor que el incremento experimentado por el índice de precios al consumo desde la presentación de las ofertas de licitación (16,8%). Agregaba que la "cobertura del servicio de deuda" exigida por la concesionaria contradecía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (cláusula número 3). El resto de las propuestas las consideraba favorablemente, pues conseguían mantener el equilibrio económico de la concesión. El 16 de Marzo de 2011, la Interventora General del Gobierno de Cantabria emitió un informe en relación con la consulta planteada por la entidad financiera BBVA sobre la responsabilidad de la Comunidad Autónoma de Cantabria en caso de formalización de una cuenta de compensación por parte de la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. Concluía que el Gobierno de Cantabria respondería de las obligaciones asumidas por Puertos de Cantabria como consecuencia de la futura formalización de una cuenta de compensación con la finalidad de llevar a cabo el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. La misma Interventora General el 25 de Abril de 2011, informó favorablemente un proyecto de acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se autorizaría a la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria a la formalización de una cuenta de compensación, con el fin de articular la aportación, en su caso, de las cantidades necesarias para hacer frente a la explotación de dicha concesión. El 25 de Abril de 2011, el Presidente de Puertos de Cantabria acordó aprobar el expediente de contratación de la modificación número 2 del contrato, con un importe líquido de 77.220.121,40 €, adjudicárselo a la concesionaria, establecer un plazo de terminación de las obras de un mes, a partir de la comprobación del replanteo del modificado y mantener en 45.885.185 € la aportación de la Administración a la construcción de las obras. El 27 de Abril de 2011 el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas, Ordenación del Territorio, Vivienda y Urbanismo, emitió un informe sobre la minuta de un acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se autorizaría "la celebración de una cuenta de compensación entre Puertos de Cantabria y ". Señalaba que sería preceptivo para la aprobación de una modificación del contrato de concesión de obra pública, "si ésta incluyese lo relativo al reequilibrio económico financiero del contrato mediante la constitución de una cuenta de compensación" y concluía que no existía impedimento legal. El 28 de Abril de 2011, el Consejo de Gobierno adoptó un acuerdo cuya parte expositiva indicaba: El retraso acaecido en la ejecución del contrato, debido fundamentalmente a situaciones extraordinarias como los dos supuestos de fuerza mayor, a los que se ha hecho referencia, y las exigencias sensiblemente más severas por parte de las entidades financieras ante las circunstancias económicas actuales, especialmente en proyectos que son considerados actualmente como inmobiliarios a efectos de la valoración de riesgos, y todo ello unido al impacto de la situación extraordinaria e imprevisible de profunda crisis económica, provoca que el Plan Económico Financiero revisado de la concesión presentado el 2 de Diciembre de 2010, precise de una modificación acompañada de una medida adicional, como es el establecimiento de una cuenta de compensación (...) que permita que en caso de que fueren insuficientes los ingresos reales de explotación frente a los previstos inicialmente en el Plan Económico Financiero que rige el contrato, la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria pueda hacer frente a los efectos económicos desfavorables que pudieran eventualmente producirse durante la explotación del contrato (...). Al formar parte del contrato autorizado por el Consejo de Gobierno (...), se considera necesario que dicha cuenta de compensación sea autorizada por este Consejo de Gobierno. El acuerdo en su parte dispositiva autorizaba a Puertos de Cantabria a formalizar una cuenta de compensación, y autorizaba la modificación del contrato de concesión de obra pública en lo relativo al reequilibrio económico financiero. Mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2011, la concesionaria propuso el establecimiento de un convenio de cuenta de compensación entre ella y Puertos de Cantabria, como una medida más del plan de reequilibrio económico financiero. El 18 de mayo de 2011, se formalizó en documento administrativo el contrato adicional por la modificación del proyecto. El 24 de mayo de 2011, se firmó el acta de comprobación del replanteo del proyecto modificado número 2, en la que se dejaba constancia de que las unidades de obra del proyecto modificado se habían ejecutado, conforme a la resolución del Presidente de Puertos de Cantabria de 3 de Febrero de 2010, y se encontraban prácticamente terminadas. El 7 de Junio de 2011, tuvo lugar el acta de recepción de las obras. En un documento anejo, de la misma fecha, la concesionaria exponía que en tanto que no se aprobara el plan económico financiero no sería posible iniciar la explotación. El 10 de Junio de 2011, la concesionaria presentó un plan económico financiero revisado,

que incluía tanto el incremento de las tarifas en un 15% como el aumento del número de amarres y del plazo concesional hasta los 49 años, así como la cuenta de compensación, cuya "función" era "dotar al proyecto de financiación", la cual no afectaba al cálculo de la tasa interna de retorno del proyecto, que era la magnitud que determinaba el reequilibrio. Adjuntaba un borrador de convenio de cuenta de compensación, que sería suscrito por Puertos de Cantabria y por la concesionaria, así como ciertos borradores de documentos de financiación cuyo agente era el BBVA. El 14 de Junio de 2011, el Inspector de la concesión informó, en relación con el plan económico financiero revisado, que con la modificación de las variables de incremento de superficie concesional de lámina de agua, de las tarifas y del plazo concesional, manteniendo el mismo importe de aportación de la entidad concedente, se cubrirían los mayores costes de la obra. El 20 de Junio de 2011, la Interventora General del Gobierno de Cantabria informó, entre otros extremos, que la formalización de la cuenta de compensación no se debería producir en tanto fueran fijadas las condiciones del préstamo entre la concesionaria y las entidades financieras. El 6 de Septiembre de 2011, emitió un informe el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda, en el que afirmaba que desde la fecha del acta de recepción comenzaba la fase de explotación del contrato de concesión, por lo que las manifestaciones de la concesionaria eran contrarias al Art. 241 de la L.C.A.P. y al P.C.A.P., de modo que si no comenzaba la explotación incurriría en incumplimiento contractual. Consideraba que no había ningún inconveniente legal en la aprobación por el órgano de contratación del reequilibrio económico financiero en los términos planteados, incluso de forma separada a la suscripción de la cuenta de compensación. Entendía que ésta no debía vulnerar los principios de igualdad y concurrencia entre licitadores, ni tampoco el de riesgo y ventura del concesionario, ni podía suponer que el Gobierno de Cantabria avalase una operación de crédito, y que el acuerdo del Consejo de Gobierno era una "mera habilitación" y no "mandato obligatorio" para el órgano de contratación (el Presidente de Puertos de Cantabria), que era el competente para modificar el contrato. Precisa que la posibilidad de un préstamo participativo se había desechado, pues supondría un incremento del nivel de endeudamiento de la Comunidad Autónoma. El 18 de Noviembre de 2011, Puertos del Estado giró una visita de inspección a la concesión y constató en el acta de la misma fecha que no estaba siendo objeto de explotación. El 25 de Noviembre de 2011, emitió un informe la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria, en el que ratificaba que pese a la opinión manifestada por la concesionaria en el acta de recepción, con ésta había comenzado la fase de explotación, con lo que cabía imponer penalidades a la contratista por incumplimiento grave de sus obligaciones. Aseveraba que el acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de Abril de 2011, por el que se había autorizado la formalización de una cuenta de compensación era un acto autorizante, de carácter interno, que no generaba por sí mismo un derecho a favor del concesionario, pero que como podía haber generado unas expectativas y dado que era anulable procedía declarar su lesividad e impugnarlo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como valorar su suspensión. Apoyaba este parecer en que alteraba los principios esenciales de la contratación pública, pues suponía una mutación sustancial de los términos del contrato de concesión licitado, cuyo pliego además atribuía al concesionario la financiación de la totalidad de las obras y prohibía los avales de la Administración, y contravenía el principio de riesgo y ventura. Destacaba que la cuenta de compensación no se ajustaba a la cláusula 31 bis del pliego, sobre restablecimiento del equilibrio económico financiero y no se debía a actos realizados en el ámbito de la propia relación contractual. Señalaba que no cabía oponer objeción jurídica, en cambio, a la modificación del plazo, superficie y tarifa. Previo informe del Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda, el titular de la Consejería y Presidente de Puertos de Cantabria, con fecha 1 de Diciembre de 2011, acordó aprobar el acta de comprobación de las obras de 7 de Junio de 2011, sin aceptar las reservas o manifestaciones de la concesionaria y requerirla para el inicio de la explotación de las obras, bajo apercibimiento de incumplimiento contractual. Por escrito presentado el 2 de Diciembre de 2011, la concesionaria comunicó formalmente a la Administración que el próximo 5 de Diciembre iba a dar comienzo efectivo la explotación de la concesión, pero que no renunciaba al reequilibrio solicitado, de modo integral y no solo parcial. El Consejo de Gobierno, en su reunión de 9 de Diciembre de 2011, acordó iniciar el procedimiento de declaración de lesividad del acuerdo del mismo órgano de 28 de Abril de 2011, por el que se había autorizado a Puertos de Cantabria a formalizar una cuenta de compensación con , así como autorizar la modificación del contrato de concesión para su reequilibrio económico financiero aumentando la superficie concesional en 8.821 m², que se debían añadir a los 95.150 metros cuadrados ya otorgados (un 8,64% más), revisando las tarifas vigentes con un incremento del 15% y ampliando el plazo concesional en 7 años y 7 meses, hasta un total de 49 años, a contar desde el 27 de Abril de 2006, fecha de comprobación del replanteo. El 22 de Diciembre de 2011, la concesionaria

presentó un escrito en el que solicitaba la resolución del contrato por causas imputables a la Administración, así como un pago de 35 millones de € a cuenta de la indemnización a que tenía derecho. Argumentaba que desde el 21 de Julio de 2010, estaba pendiente de aprobación el reequilibrio económico financiero del contrato y que la Administración se negaba a dar cumplimiento al acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de Abril de 2011, con lo que concurría la causa de resolución prevista en el pliego de demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en el cumplimiento de sus obligaciones con el concesionario, en consonancia con los Art. 111.g) y 264.k) de la L.C.A.P. Explicaba que esta falta de materialización del reequilibrio completo había determinado que la sociedad concesionaria tuviera una importante deuda con las empresas constructoras contratadas y que si se hubiese suscrito una cuenta de compensación se habría obtenido la oportuna financiación del proyecto, garantizando así su viabilidad. Cuantificaba la indemnización a que tenía derecho en al menos 67.489.191,05 €, sin perjuicio de la subvención cobrada por importe de 39.530.331,90 €. Mediante escrito presentado el 23 de Diciembre de 2011, la concesionaria presentó alegaciones en el trámite de audiencia de la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de Abril de 2011, en las que pedía el archivo del procedimiento. Indicaba que el mecanismo de la cuenta de compensación se había introducido en el ordenamiento jurídico por la disposición adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de Diciembre, del Servicio Postal Universal, para mantener el equilibrio económico-financiero de sociedades concesionarias de autopistas de peaje dependientes de la Administración del Estado. Añadía que la modificación de los plazos o tarifas no permitía reequilibrar el contrato ni servía para obtener la financiación adicional requerida y que la cuenta de compensación se ajustaba a la ley y al pliego de cláusulas administrativas particulares. El 30 de Diciembre de 2011, el Director de Puertos de Cantabria formuló una propuesta de resolución en la que se excluía expresamente la cuenta de compensación pero se incluían las modificaciones del contrato autorizadas por el Consejo de Gobierno y acordó dar traslado a la concesionaria y a las adjudicatarias del contrato. Por escrito de 30 de Diciembre de 2011, la concesionaria interpuso recurso de alzada contra la resolución del Presidente de Puertos de Cantabria de 1 de Diciembre de 2011, ante el Consejo de Gobierno. Por escrito presentado el 30 de Diciembre de 2011, la concesionaria interpuso recurso de reposición contra la resolución del Consejo de Gobierno de 9 de Diciembre de 2011. Por escrito presentado el 16 de Enero de 2012, la concesionaria realizó alegaciones ante la propuesta de resolución de modificación del contrato formulada por el Director de Puertos de Cantabria, en las que defendía la improcedencia de aprobar un reequilibrio económico que no incluyese una cuenta de compensación, pues no alcanzaría el reequilibrio integral de la concesión, como exigía el Art. 248.1 de la L.C.A.P. Agregaba que ello supondría desconocer la eficacia de un acto administrativo válido y ajustado a Derecho, cuál era el acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de Abril de 2011, que la había autorizado, que no era lesivo para el interés público. Precisaba que sin la cuenta de compensación u otra medida equivalente se haría imposible obtener financiación de las entidades financieras, pues el proyecto se había estructurado desde un principio como un "Project-finance". Entendía que el incremento de tarifas no era una medida adicional de reequilibrio, pues la simple revisión de las tarifas por la inflación para el período 2005-2010, daba como resultado un alza del 16,83% y además castigaba a la demanda, con lo que se neutralizaba su efecto al menos en parte. Consideraba que el incremento del número de amarres no garantizaba un mayor nivel de ingresos, sobre todo porque en el escenario más optimista, difícil de alcanzar en las circunstancias económicas del momento, la ocupación no pasaba del 96% de los amarres previstos. Como documento adjunto a las alegaciones se adjuntaba una propuesta alternativa de reequilibrio económico financiero. En ella se afirmaba que en el plan económico financiero de la oferta las necesidades de financiación eran de 70.305.875 €, pero que como se computaba la subvención de la Administración de 45.855.185 € y un préstamo bancario de 18.129.295 €, el esfuerzo financiero de los socios se limitaba a 3.912.110 € (5,6% del total), la tasa interna de retorno del proyecto del 7.2% y la tasa interna de retorno para los accionistas del 10,8%. Expresaba que al haberse incrementado el coste y al no ser posible el préstamo bancario la deuda con los socios ascendía a 38.229.921 € y su esfuerzo financiero a 42.142.031 € (un 47,9% del total). Añadía que en la propuesta de plan económico financiero presentada por la concesionaria en Junio de 2011 se habían forzado las magnitudes y que en realidad el coste total de la inversión no era, como entonces se había dicho, de 85.761.128 € (de los cuales 77.220.121 € como coste de las obras), sino de 92.462.674 €. Dado el coste total previsto en la oferta de 70.305.875 €, la desviación no era del 22% sobre esta magnitud, como se había dicho, sino del 31,5%. Añadía que el ritmo de cesiones y alquileres de amarres calculados en Junio de 2011, era incluso más optimista que el de la oferta, pese a considerar 859 amarres en vez de 540, por lo que convenía atenerse a éste. Con estos parámetros, la tasa interna de retorno del proyecto quedaba en el 3,1% y la tasa interna de retorno para los

accionistas era negativa, es decir no recuperaban la inversión. A la vista de estas afirmaciones, proponía incrementar el plazo concesional hasta 60 años y aumentar la subvención de la Administración en 15.750.000 €, con lo que la tasa interna de retorno del proyecto quedaba en el 7,2% y la tasa interna de retorno de los accionistas en el 7,7%. Para igualar ésta con la de la oferta proponía la concesión de un préstamo participativo por importe de 25.750.000 €. El 17 de Enero de 2012, el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda informó que procedía inadmitir a trámite el recurso de reposición contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de Diciembre de 2011, por ser un acto de trámite (de inicio del procedimiento de lesividad). El 20 de Enero de 2012, Puertos del Estado giró una visita de inspección a la concesión y constató en el acta de la misma fecha que no estaba siendo objeto de explotación. La visita se reiteró el 26 de Enero de 2012, con el mismo resultado. El Instituto de Finanzas de Cantabria, dependiente de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, con fecha 31 de Enero de 2012, emitió un estudio sobre la repercusión económico-financiera de la cuenta de compensación propuesta por ... Explicaba que la forma más viable para que la concesionaria obtuviese financiación era una garantía del Gobierno de Cantabria. Exponía que la cuenta consistía en una consignación anual durante un período de quince años de la diferencia entre los ingresos necesarios y los ingresos reales de la concesión y que el saldo al cabo de quince años generaría un determinado interés hasta su pago. Cuantificaba el riesgo mínimo para el Gobierno de Cantabria, si se cumplía el plan económico financiero, en aportaciones anuales que sumaban 28.664.269 € y que además el no devengarse interés hasta los quince años suponía una subvención indirecta por un importe de 15.005.461 €, con lo que en el mejor de los escenarios su coste para la Administración sería de 43.669.730 €. Añadía que en el peor de los escenarios posibles el riesgo de crédito serían 156.738.907 € (101.690.698 € por las consignaciones y 55.048.209 € por la bonificación de intereses durante quince años) y que si se capitalizaban los intereses con un incumplimiento del ritmo de ventas superior al 5% sobre el plan la cuenta sería fallida, pues nunca se llegaría a amortizar. El 16 de Febrero de 2012, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda informó que procedía desestimar la solicitud de resolución del contrato formulada por la concesionaria basada en el incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones. Aseveraba que la inactividad de ... en la explotación de la concesión era constitutiva de un incumplimiento grave que podría generar la imposición de penalidades económicas o la resolución, y que la Administración no se había negado a todo reequilibrio económico, sino solo al mecanismo de la cuenta de compensación, contrario a los principios de igualdad de trato entre licitadores y riesgo y ventura, por lo que no había incumplido sus obligaciones. El 20 de Febrero de 2012, la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria mostró su conformidad con el informe relativo al recurso de reposición interpuesto por la concesionaria contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de Diciembre de 2011, elaborado por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda. Mediante acta de 22 de Febrero de 2012, se consignó la inspección llevada a cabo el 20 de Febrero anterior por Puertos del Estado en las instalaciones objeto de la concesión, con el mismo resultado que las inspecciones precedentes. El 29 de Febrero de 2012, Puertos del Estado giró una visita de inspección a la concesión y constató en el acta de la misma fecha que no estaba siendo objeto de explotación. En su reunión de 1 de Marzo de 2012, el Consejo de Gobierno de Cantabria acordó inadmitir el recurso de reposición presentado por... contra el acuerdo del mismo Consejo de Gobierno de 9 de Diciembre de 2011. El 8 de Marzo de 2012, el Instituto de Finanzas de Cantabria, dependiente de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, emitió un informe sobre la propuesta de... de formalización de un préstamo participativo por un importe de 25.750.000 €, a cargo de la Administración autonómica. Manifestaba que si se concediera, junto con el aumento de la subvención pedido, la participación del Gobierno de Cantabria en la financiación del proyecto pasaría del 65,22% al 94,48%. Indicaba que la propuesta incorporaba un préstamo participativo de los socios por un importe de 1.195.379,34 € a un tipo de interés anual del 8,25%, en tanto que el tipo de interés para el de la Administración era del 3,6%, desigualdad que no parecía justificada, pero que si para ambos el tipo fuese del 8,25% el flujo de caja sería incapaz de hacer frente a la totalidad de los intereses devengados anualmente, en el supuesto de pleno cumplimiento del plan de negocio (y mucho más con desviaciones a la baja sobre los ingresos previstos). Afirmaba que si el préstamo pasaba a ser fallido, su importe sería imputado como déficit de la Comunidad Autónoma, algo totalmente inasumible en las condiciones actuales. Calificaba como conveniente la no formalización del préstamo participativo. El 8 de Marzo de 2012, Puertos del Estado giró una visita de inspección a la concesión y constató en el acta de la misma fecha que no estaba siendo objeto de explotación. El 21 de Marzo de 2012, el Presidente de Puertos de Cantabria acordó desestimar la solicitud de resolución del contrato formulada por la contratista. El 21 de Marzo de 2012, el Jefe de la

concesionario, contemplado en el Art.242.b de la L.C.A.P., el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el Art. 248 de esta Ley. Sin embargo, es claro que ha de hacerse compatible con las obligaciones del concesionario, entre las que se cuenta la de explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación (Art. 242.b, de la misma Ley). En efecto, mantenimiento del equilibrio económico y asunción de riesgo por parte del concesionario son dos conceptos que se limitan uno al otro. Un entendimiento desmesurado del primero puede casi hacer desaparecer al segundo y viceversa. Por ello, el deslinde entre ambos constituye una labor delicada, con frecuencia polémica. Es de notar que en la práctica la polémica se produce solamente cuando el desequilibrio -real o alegado- perjudica al contratista, que pide ser compensado. En cambio, cuando le beneficia, aunque en pura teoría pudiese también ser

Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda emitió informe sobre la modificación del contrato de concesión. Obra en el expediente una propuesta de resolución que, con aceptación íntegra del informe jurídico anterior y con desestimación de las alegaciones de la contratista y de su propuesta alternativa de reequilibrio, propone modificar el contrato en los siguientes aspectos: El aumento de la superficie concesional de 8.821 m² sobre la otorgada, 95.150 m², que representa un 8,64% de incremento sobre ésta y, en consecuencia, fijar el canon concesional por ocupación de dominio público portuario en la cifra de 145.469,74€ (I.V.A., excluido), con referencia al año 2011 y actualizable anualmente según se establece en la cláusula 5 del P.C.A.P. La revisión de las tarifas vigentes, incrementando de conformidad con la solicitud del concesionario un 15% las tarifas máximas ofertadas por éste. El incremento del plazo concesional en 7 años y 7 meses, quedando establecido en 49 años a contar a partir de la fecha de comprobación del replanteo, 27 de Abril de 2006. Razona que si bien es cierto que han existido dos importantes temporales que han afectado al normal desarrollo de la obra, se han dado dos prórrogas, de ocho y nueve meses, con lo que el tiempo total de la concesión se ha extendido hasta los cuarenta y un años y cinco meses, con lo que se ha compensado de forma adecuada. Añade que además se han concedido tres prórrogas por quince meses en total para la ejecución de las obras, aunque sin aumento del plazo concesional por deberse a causas no imputables a la Administración o por haberse excluido que diesen lugar a reequilibrio económico. Indica que el acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de Abril de 2011, que autorizó a formalizar una cuenta de compensación, sujeto al procedimiento de declaración de lesividad, era tan solo un acto de autorización de carácter interno, dirigido al órgano de contratación, que dejaba en completa indeterminación las condiciones de tal cuenta de compensación. Entiende que ésta debe desvincularse del restablecimiento del equilibrio económico, pues la propia concesionaria ha sostenido que su finalidad no es subvenir al sobre coste de las obras sino cubrir los déficits eventuales de la explotación. Subraya que el P.C.P.A., prescribe la obligación del concesionario de asumir la financiación de la totalidad de las obras, así como la prohibición al Gobierno de Cantabria de avalar operaciones de crédito del adjudicatario. Agrega que la cláusula del pliego relativa al equilibrio económico del contrato solo autoriza a modificar variables distintas del plazo concesional y las tarifas "según las fórmulas o sistemas propuestos por el concesionario en su oferta", lo cual se justifica por los principios de igualdad y concurrencia, y que en la oferta que resultó adjudicada no se incluía previsión alguna de avales, aportaciones o medidas tales como la cuenta de compensación. Añade que al aprobarse el modificado número 2 se pactó en el contrato que la aportación de la Administración permanecía invariable, con lo que no puede pedirse ahora su incremento. Indica que pese a que la contratista critica el incremento de tarifas y el del número de atraques, ella misma propuso ambas medidas. Considera que las nuevas medidas propuestas por la concesionaria (aumento del plazo a sesenta años, incremento de la aportación pública a 15.750.000 € y concesión de un préstamo participativo por 27.750.000) en realidad persiguen trasladar totalmente el riesgo y ventura de la concesión al Gobierno de Cantabria, por más que alguna fuera posible con arreglo a la Ley de Cantabria 4/2011, de 29 de Diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2012. Se consulta una modificación de un contrato de concesión de obra pública fundada en el mantenimiento de su equilibrio económico. Como con más detalle se reseña en los antecedentes, el contrato se refiere a la redacción del proyecto y ejecución de las obras del nuevo puerto de Laredo, así como a la explotación en régimen de concesión de las dársenas recreativo deportivas y aparcamiento de vehículos.

aplicado el mantenimiento del equilibrio económico, no suele plantearse por la Administración. El mantenimiento del equilibrio económico se verifica mediante la modificación del contrato de concesión por parte de la Administración, para restablecerlo, como con claridad se infiere del Art. 248.3 de la L.C.A.P. Pertenece a la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público que se prevé en el Art. 59.1 de esa misma Ley. Esto significa que el concesionario no puede dictar los términos del reequilibrio económico, ni modificar a su gusto el plan económico financiero, que una vez adjudicado el contrato se integra en este. Ha de ser la Administración, en ejercicio de su *ius variandi*, la que decida si ha lugar o no a tal reequilibrio, su exacta extensión y su repercusión en el plan económico financiero.

Habrà de prevalecer siempre en caso de conflicto el interés general, como con precisión se indica en la cláusula 31 *bis* del pliego de la concesión (punto tercero de antecedentes): El concesionario tiene derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión en los términos en que fue considerado para su adjudicación, teniendo en cuenta tanto el interés de aquél como el interés general, prevaleciendo éste en caso de discrepancia. Como toda modificación contractual, puede afectar al principio de igualdad y concurrencia entre licitadores. En definitiva, la prestación que en su día se contrató no coincide con la que luego se pacta y se ejecuta, con lo que de haberse sabido en el momento de la licitación las proposiciones habrían podido variar en número y en contenido. Incluso cabe suponer que en ciertos supuestos habría podido determinar que fuera otro el adjudicatario. Por este motivo, importa mucho no hacer una interpretación extensiva de los preceptos ni de las cláusulas de los pliegos que rigen el mantenimiento del equilibrio económico. En el asunto sometido a dictamen la causa aducida por la concesionaria para solicitar el reequilibrio económico consistió en el proceso de construcción de la obra pública, cuyas vicisitudes determinaron un mayor precio y un mayor plazo. ... se centra en dos temporales que fueron considerados fuerza mayor por el órgano de contratación y que fueron un factor justificativo (aunque no el único) de los dos modificados del proyecto y del contrato ya aprobados. A petición de la concesionaria, a la vista de los temporales, la Administración concedió ampliación de plazo dos veces, en ambos casos tanto de finalización de las obras como de extensión del plazo concesional. Se otorgaron mediante resoluciones de 31 de Enero de 2008, y de 29 de Julio de 2008: en la primera ocasión se dieron ocho meses más y en la segunda nueve meses más (puntos decimotercero y decimoquinto de antecedentes). Tras la segunda el tiempo de la concesión quedó fijado en cuarenta y un años y cinco meses.

Los temporales marítimos explicaron un primer modificado del proyecto y del contrato, que no afectó al presupuesto ni al plazo (puntos decimocuarto y vigésimo de antecedentes). También fueron motivo para la petición y aprobación del segundo modificado, junto con un aumento de calado de 3,5 a 5 mts., solicitado por la Cofradía de Pescadores, pues al parecer los temporales habían hecho revisar al alza los datos estadísticos del oleaje con los que se calculó la infraestructura. El segundo modificado supuso un adicional del 19,95% y una extensión de un plazo de terminación de las obras (pero no del plazo concesional) de un mes (puntos vigésimo cuarto y trigésimo sexto de antecedentes).

Resulta llamativo a juicio de este Alto Cuerpo Consultivo, aunque no sea insólito, que la modificación necesaria para acometer las obras de mayor calado y de alteración

de las infraestructuras fuese de un porcentaje tan cercano al 20%, que como es sabido determinaba según la L.C.A.P., lo preceptivo del dictamen del Consejo de Estado (Art. 59.3.b). Y ello tanto más cuanto que el proyecto original objeto de modificación, que fue el fundamento de la modificación contractual, fue redactado por la propia empresa concesionaria como parte del contrato. Por lo demás, se concedieron otras tres prórrogas a solicitud de la concesionaria para extender el plazo de terminación de las obras, pero no el de la concesión, que añadieron otros quince meses (puntos vigésimo segundo, vigésimo sexto y vigésimo octavo de antecedentes). Las dos primeras, de cinco y cuatro meses, excluyeron de modo expreso que la prórroga pudiera dar lugar a reequilibrio económico de la concesión.

Llegados a este punto, en primer lugar se ha de analizar si se ajusta a Derecho la modificación del contrato y en segundo lugar sus términos. Para lo primero conviene acudir al Art. 239 de la L.C.A.P, que prevé:

1.- Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 98 y 144 de esta Ley (...). 2.- Cuando el concesionario se retrasara en la ejecución de la obra, ya sea en el cumplimiento de los plazos parciales o del plazo total, y el retraso fuese debido a fuerza mayor (...), aquél tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativa y acumulativamente en el plazo de concesión, la cual será, por lo menos, igual al retraso habido, a no ser que pidiera uno menor (...). 3.- Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario, a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-financiero...

El apartado segundo que se acaba de transcribir se cumplió con las dos prórrogas concesionales otorgadas. Se trata ahora de aplicar el apartado tercero, pues el coste total de la obra, valor de la inversión que ha de recuperar la empresa concesionaria mediante la explotación, se incrementó casi un veinte por ciento, en buena medida, aunque no en exclusiva, por los acontecimientos de fuerza mayor. Resulta procedente, por tanto, ajustar el plan económico financiero mediante la oportuna modificación contractual.

Pasando ya al contenido de la propuesta, tres son los aspectos que Puertos de Cantabria desea alterar del contrato: incremento de la superficie concesional en un 8,64%, que dará lugar a explotar 859 amarres en vez de 540, revisión al alza de las tarifas vigentes en un 15% e incremento del plazo concesional en siete años y siete meses, hasta los cuarenta y nueve años (punto septuagésimo de antecedentes). Por de pronto, conviene partir de que las tres medidas fueron propuestas por la concesionaria en su día, a finales del año 2010 (puntos trigésimo y trigésimo primero de antecedentes), aunque es cierto que venían acompañadas de un mecanismo adicional al que luego se hará referencia. Sin embargo, quizás porque este mecanismo no ha sido aceptado por la Administración, se permite criticar dos de ellas en su escrito de alegaciones, aunque sin oponerse de modo frontal (punto quincuagésimo séptimo de antecedentes). Esta crítica a las medidas que la misma concesionaria propuso en su día supone que... va contra sus propios actos.

El incremento del plazo concesional hasta los cuarenta y nueve años se ajusta al Art. 263.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor:

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados potestativamente, más allá de los límites establecidos, hasta los 60 y 25 años, respectivamente, para restablecer el equilibrio económico del contrato... En este caso sería de aplicación el plazo máximo de sesenta años, como extensión del máximo de cuarenta fijado en el apartado primero del precepto.

Esta ampliación resulta conforme con el Art. 248.3 de la misma Ley y con la cláusula 31 *bis* del pliego (punto tercero de antecedentes). Se trata de la única medida no criticada por la concesionaria. Obviamente, si la concesión es rentable el incremento del plazo de la concesión tiene efectos favorables para la empresa que la explota, pues permite amortizar en más años y beneficiarse de mayores ingresos. Su porcentaje respecto del plazo inicial está en torno a la quinta parte, análogo al sobrecoste de las obras. Ninguna objeción formula el Consejo de Estado.

El incremento del número de amarres en casi un sesenta por ciento a todas luces mejora la explotación y puede hacerla más rentable. Se deriva de modo directo de la aprobación del segundo modificado, a iniciativa de la concesionaria, que alteró la ubicación de las dársenas pesquera y deportiva del puerto. Pese a ello la concesionaria dice ahora que en el escenario más optimista del plan económico financiero la ocupación de los 540 amarres era del 96% , con lo que la medida podría no ser exitosa (punto quincuagésimo séptimo de antecedentes). Como es obvio, resulta de gran dificultad predecir cuál va a ser la demanda de amarres en el puerto deportivo de Laredo dentro de varias décadas. Ahora bien, el horizonte temporal se ha alargado, pues el plazo concesional acababa el 27 de Abril de 2046, a los cuarenta años del acta de comprobación del replanteo (cláusula 18 *bis* del pliego, puntos tercero y duodécimo de antecedentes). Tal era el límite temporal en el que la proposición podía tomar en consideración en el momento inicial para calcular la demanda. No obstante, ahora la concesión terminará el 27 de Abril de 2055, con lo que se añaden nueve años, y además en el tramo final, en el que la demanda será verosímilmente mayor.

El Consejo de Estado entiende que el incremento de la superficie concesional, que comporta un incremento sustancial de los amarres, constituye una medida favorable al concesionario susceptible de producir efectos a su favor en el equilibrio económico financiero del contrato. El hecho de que no esté contemplada como tal en la cláusula 31 *bis* del pliego no es óbice para su aprobación, pues se deriva de una modificación del proyecto y del contrato, la número 2, que no pudo preverse en el momento inicial.

En tercer lugar se propone la revisión al alza de las tarifas en un 15%. A esto el concesionario objeta que el incremento del índice de precios al consumo en el período 2005-2010 ha sido del 16,83% y que puede castigar a la demanda (punto quincuagésimo séptimo de antecedentes). Sobre este último punto, conviene advertir que las tarifas tienen la consideración de máximas según el pliego (cláusula sexta, punto tercero de antecedentes), con lo que no viene obligado a aplicarlas en toda su extensión si prevé que tendrá efectos desfavorables sobre la demanda. En cuanto a la revisión del índice de precios al consumo, el pliego contempla que tendrá lugar a partir del inicio de la

explotación y que su cálculo se hará transcurridos doce meses desde esa fecha, para el año natural en cuestión (cláusula sexta, punto tercero de antecedentes). Como quiera que se inició el 5 de Diciembre de 2011, (punto quincuagésimo de antecedentes), el período anterior a esa fecha no podría ser objeto de revisión de precios, de modo que la concesionaria se puede beneficiar de un incremento muy superior al que resultaría del simple mecanismo de revisión de tarifas previsto en el pliego.

Sin duda la medida favorece a la empresa concesionaria y se ajusta a la cláusula 31 *bis* del pliego (punto tercero de antecedentes), por lo que tampoco merece objeción alguna del Consejo de Estado.

Analizadas ya las tres medidas propuestas, las cuales se juzgan conformes a Derecho por este Alto Cuerpo Consultivo, conviene para finalizar hacer algunas reflexiones sobre una importante discrepancia entre concesionaria y Gobierno de Cantabria que afecta a la modificación contractual. Sostiene... que si sólo se aprobasen esas tres medidas el reequilibrio de la concesión no sería integral y que resulta necesario añadir un instrumento que facilite la obtención de financiación ajena. La necesidad de este instrumento fue planteado desde el inicio de la solicitud de mantenimiento del equilibrio por la concesionaria (puntos trigésimo y trigésimo primero de antecedentes). El detalle del instrumento ha ido variando, desde un aseguramiento o garantía de eventuales déficits de explotación a una cuenta de compensación. En su escrito de alegaciones opta por pedir un préstamo participativo de la Administración de más de veinticinco millones de €, unido a una subvención adicional de más de quince millones y a una extensión de la concesión a sesenta años (punto quincuagésimo de antecedentes).

El fundamento material de la propuesta del mecanismo tiene que ver con la financiación externa. En su proposición, contaba con un préstamo bancario de algo más de dieciocho millones de €, que por las razones que fueren no se ha hecho efectivo. De este modo, las empresas constructoras, que son socias al 50% cada una de la concesionaria (puntos duodécimo y decimonoveno de antecedentes), al parecer no han podido cobrar la totalidad de sus certificaciones de obra. Si se aprobara el mecanismo, todo indica que una determinada entidad financiera española estaría dispuesta a conceder un préstamo (puntos trigésimo cuarto y cuadragésimo tercero de antecedentes). Ha de partirse de que la propia concesionaria ha reconocido que con las tres medidas propuestas (incremento de amarres, de tarifas y de plazo concesional ya analizadas) la tasa interna de retorno del proyecto alcanzaba el 7,2%, idéntica a la de la proposición presentada en su día (puntos trigésimo y trigésimo primero de antecedentes). La Administración ha entendido también, según dos informes del Inspector de la concesión, que esas medidas son suficientes para el restablecimiento del equilibrio económico (puntos trigésimo tercero y cuadragésimo cuarto de antecedentes).

Esto resulta relevante, pues el Art. 248.3 L.C.A.P., prevé que en el supuesto de fuerza mayor la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato. Y esto se cumpliría con el mantenimiento de la tasa interna de retorno o rentabilidad del proyecto. En cualquier caso, el texto legal se ha de interpretar de modo correcto, no como una eliminación del riesgo y ventura en caso de que concurra fuerza mayor (lo que sería contrario a los Arts. 220.2, 224.3 y 225 l. L.C.A.P.), sino como un ajuste que se ciña a compensar los efectos del acaecimiento inevitable o

imprevisible. La concesionaria ha reconocido de modo paladino que el mecanismo antes citado, en su modalidad de cuenta de compensación, no afecta a la tasa interna de retorno del proyecto, magnitud que determina el reequilibrio, pero lo juzga importante para que pudiera ser financiado (punto cuadragésimo tercero de antecedentes). La discrepancia respecto del mecanismo en cuestión, y en particular respecto de la cuenta de compensación, ha llevado a un proceso de declaración de lesividad y a diversos recursos. El Consejo de Estado no se pronuncia sobre ellos, por ser ajenos a la consulta.

En síntesis, el Consejo de Estado considera que la modificación de la concesión de obra pública es procedente para lograr el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y que los términos de la propuesta se ajustan al ordenamiento jurídico y se atienen a tal finalidad, por lo que procede aprobar la propuesta de modificación del contrato de concesión de obra pública para la construcción del nuevo puerto pesquero recreativo deportivo en Laredo y explotación de las dársenas recreativo deportivas y aparcamiento de vehículos."

10. Obras a tanto alzado y Obras con precio cerrado.

El Art.233 de la L.C.S.P., dispone lo siguiente: 1.Cuando la naturaleza de la obra lo permita, se podrá establecer el sistema de retribución a tanto alzado, sin existencia de precios unitarios, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes cuando el criterio de retribución se configure como de precio cerrado o en las circunstancias y condiciones que se determinen en las normas de desarrollo de esta Ley para el resto de los casos. 2. El sistema de retribución a tanto alzado podrá, en su caso, configurarse como de precio cerrado, con el efecto de que el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto conforme a lo establecido en las letras a) y b) del Art. 107. 3.1. La contratación de obras a tanto alzado con precio cerrado requerirá que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, pudiendo éste establecer que algunas unidades o partes de la obra se excluyan de este sistema y se abonen por precios unitarios. b) Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas. c) Que el precio correspondiente a los elementos del contrato o unidades de obra contratados por el sistema de tanto alzado con precio cerrado sea abonado mensualmente, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda guarde con el total de la unidad o elemento de obra de que se trate. d) Cuando, de conformidad con lo establecido en el Art. 147.2 se autorice a los licitadores la presentación de variantes o mejoras sobre determinados elementos o unidades de obra que de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato deban ser ofertadas por el precio cerrado, las citadas variantes deberán ser ofertadas bajo dicha modalidad. En este caso, los licitadores vendrán obligados a presentar un proyecto básico cuyo contenido se determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato. El adjudicatario del contrato en el plazo que determine dicho pliego deberá aportar el proyecto de construcción de las

variantes o mejoras ofertadas, para su preceptiva supervisión y aprobación. En ningún caso, el precio o plazo de la adjudicación tendrá variación como consecuencia de la aprobación de este proyecto.

Su inicial contenido ya quedó recogido en nuestra legislación de mediados del siglo XIX, requiriéndose como condiciones “sine qua non” que: La obra estuviese, perfecta y exhaustivamente definida. Suponía exclusión de cualquier modificación al proyecto, sea cual fuera la razón que lo justificase o las posibles ventajas que con la susodicha modificación pudieran alcanzarse.

Los años de 1861, 1878 y la nueva reglamentación de 1886, sirvieron para perfeccionar el sistema de contratación, incluyéndose entre otras novedades un precio invariable, además del “replanteo” de la obra previo a la subasta, y una nueva definición de “fuerza mayor”, hasta entonces, fuente de picaresca.

El hecho de que no se cumplieran casi nunca los citados requisitos, produjo desconfianza, y el consecuente abandono de este sistema.

A *sensu contrario* del antiguo Art. 216 (Ley 30/2007) no se mencionan los supuestos: “atender nuevas necesidades” o “incorporar nuevas funcionalidades”.

Un ejemplo cercano y significativo que hemos tenido bajo este título, ha sido la variante sur metropolitana de Bilbao, más conocida como SUPER SUR. Se propuso al público en general como una fórmula inédita en las obras públicas en Vizcaya, asumiendo las empresas los riesgos y respetos a plazo y presupuesto, considerándosela una obra a “Precio Cerrado”, asumiendo las constructoras los aumentos de coste. Inicialmente (1/2/2006), cuando se comenzaron los primeros pasos, se habló de un periodo de construcción entre 2007 y 2011, con un presupuesto de unos 400 Millones de €. La cruda realidad ocurrió en Septiembre de 2011, una vez inaugurado el primer tramo, donde el presupuesto ascendía a un total entre 1.000 y 1.500 Millones €, convirtiéndose en la autovía/autopista más cara de España con un coste por kilometro aproximado a los 35 Millones de €. La decisión licitatoria de que fuese: “PRECIO CERRADO”, a efectos de que las instituciones no se hicieran cargos de los posibles sobrecostes, se ha visto enmascarada con varios incrementos presupuestarios debido a “modificaciones” y “mejoras”⁵⁷⁵, conceptos, que han buscado refugio en el presupuesto inicial.

En la jurisprudencia un primer problema es el de delimitar un supuesto de fijación a tanto alzado del relativo a las unidades de obra.

A este respecto hay que citar un asunto de 1981⁵⁷⁶ (caso Constructora Asturiana, S.A). De forma general se comienza explicando en este asunto que tanto la

⁵⁷⁵ Ver El Correo- 01.02.06-DEIA 15.10.10.

⁵⁷⁶ Ver S.T.S., de 13 de Abril de 1981, Ar.1841, Ponente: D. PAULINO MARTÍN MARTÍN. Según el Pliego de Condiciones Jurídicas y Económico-administrativas el Patronato demandado convocó el día 13 de Diciembre de 1968, "un Concurso de Proyectos de 3 grupos de 1.000 viviendas de Renta Limitada, 11 Grupo, 3ª Categoría, y de Urbanización de los Polígonos donde cada grupo se ubicará, y para la adjudicación de las respectivas obras de construcción y urbanización con sujeción a las condiciones del

jurisprudencia como la doctrina científica admiten que el contrato de obras es sin discusión la figura contractual predominante en el área jurídico administrativa, y que se conforma con el Art.55 del R.C.E., es aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio, siendo notas características de los mismos, cada una de ellas a cargo de los sujetos intervinientes en el contrato, - una de las cuales es la Administración-, el resultado u obra realizada y el precio fijo o alzado que se paga por ella, circunstancia ésta recogida en los textos legales como se pone de manifiesto en el Art.46 de la L.C.E., al establecer que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista", a su vez el Art.57 del R.C.C.L., dispone que "los contratos en que intervengan las Corporaciones Locales se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura por el contratista, sin que ésta pueda solicitar la alteración del precio o indemnización....."; y en consideración a este requisito del precio alzado, que es la prestación que la Administración debe en el contrato, conviene precisar que es excepcional que se exprese en un precio único global por el conjunto de la obra; ya que lo normal es que se contrate de acuerdo con el sistema de precios unitarios o por unidades de obras (Art.22.4 L.C.E, Arts.63 y 67 R.G.C.E.), que consiste en asignar un precio separado a cada una de las unidades de obra en que se descompone el proyecto, de modo que el presupuesto se forma aplicando esos precios al conjunto de unidades de obra que el proyecto prevé (Art.68 R.G.C.E.), más las partidas globales; lo que la Administración paga es la obra que realmente ejecute al contratista con arreglo a los precios convenidos (Art.142 R.G.C.E.), a cuyo efecto han de hacerse las mediciones, expresadas en las correspondientes certificaciones valoradas, que se expiden mensualmente y que son abonadas a cuenta de la liquidación final; el precio alzado es, pues, el precio unitario porque el número de unidades de obra sobre el cual se ha calculado el presupuesto no está garantizado; se pagará el número de unidades de obras realmente ejecutado, tal como resulte de la medición, cifra que coincide muy rara vez con la "previsión global" del presupuesto de la obra, que es un puro cálculo que no vincula contractualmente salvo para la determinación de la baja licitatoria; y es sistema éste de la descomposición del precio en precios unitarios que tiende a hacer posible un control más efectivo y analítico de la ejecución de la obra, al que se conecta el sistema de programas de trabajo y de pagos parciales, y que es utilizado también para los contratos privados de obras de cierto volumen -obra por medida-, en el Art. 1.592 del C. Civil. Que ordena a los efectos del contrato de obras también en el ámbito administrativo hay que destacar que los mismos vinculan a las partes quienes quedan obligadas a cumplirlos conforme a lo que en ellos se haya dispuesto, con fundamento a lo establecido en el Art. 1.091 del C. Civil de aplicación a la esfera administrativa, en a

presente pliego, versando la licitación "sobre los Proyectos Técnicos de urbanización y de construcción de cada uno de los Tres Polígonos de 1.000 viviendas. Se participa igualmente que habiendo sido redactado por esa Empresa el Proyecto elegido y aprobado, este Patronato no se hace responsable de que por cualquier error numérico en el mismo se haga necesaria la realización de adicionales positivas al Proyecto mencionado". Realizadas las obras, el día 24 de Enero de 1972, fueron levantadas las Actas de Recepción Provisional "al encontrarlas en buen estado y realizadas con arreglo al Proyecto aprobado y Órdenes recibidas", estando firmadas ambas por los tres Arquitectos Directores de las Obras y por el representante de CASA, y la de La Granja, además, por el Secretario del Patronato debido principalmente a la discrepancia existente entre las partes sobre si se trataba de un contrato de obras que se abonaría con arreglo a los trabajos realmente efectúa dos -tesis de la recurrente- o a un precio alzado sin posibilidad de rectificación de errores -tesis del Patronato-.

que con carácter específico rige el Art.45 del R.C.C.L., disponiendo que el contrato se perfecciona por la adjudicación definitiva, en virtud de la cual los licitadores y la Corporación quedarán obligados a su cumplimiento, afirmación ésta que también se contiene en el Art. 3 L.C.R., por su parte, el Art.51 R.C.C.L., establece que los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación, salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes, en atención a lo cual y a lo dispuesto en el Art.1.258 C. Civil los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe al uso y a la Ley, ponen de manifiesto las especialidades que ofrece esta clase de contratos en el que predomina la idea primordialmente finalista, que preside todo su desarrollo y la peculiar configuración del equilibrio contractual que también en el mismo se persigue, pues al lado del principio *lex contractu* rige el de la proporcionalidad o *aecualistas* de las prestaciones respectivas de las partes consustancial a la idea del contrato.

En relación con el caso concreto explica el Supremo que es necesario afirmar que a pesar de la amplia, detallada y brillante argumentación de la representación del Patronato municipal de la Vivienda de Jerez de la Frontera el análisis jurídico que de la temática litigiosa ofrece la Sentencia⁵⁷⁷ es asumido aquí y ahora, por este Tribunal *ad*

⁵⁷⁷Que la presencia y hasta la frecuencia de la nota relativa a la medición de las unidades de obras muchas de ellas referidas al valor de la misma, en la relación contractual que nos ocupa permite establecer la conclusión de que no se trata de un contrato da obra a precio alzado, sino más bien de una obra que se abonaría con arreglo a los trabajos realmente efectuados resultantes de una medición, de acuerdo con la doctrina que se deja expuesta, máxime si se tiene en cuenta el considerable volumen de la obra contratada, y el escaso error padecido en cuanto al mayor número de unidades que ha sido preciso realizar, sin que sea obstáculo para ello el que se notificase a la entidad constructora CASA la adjudicación definitiva de las obras en los términos que se dejan transcritos en el primer considerando, puesto que la citada adición no aparece en el acuerdo de adjudicación definitiva ya que también de conformidad con la indicada doctrina la formalización del contrato viene absolutamente condicionada por todo el proceso previo anterior que conduce hasta este momento de la contratación administrativa, en atención a lo cual el T.S., ha venido a declarar en Sentencia de 18 de Octubre de 1956, que contenido de las cláusulas insertas en la escritura de formalización, en cuanto difiere de la redacción literal de las condiciones del concurso, solo puede tenerse en cuenta como complemento y desarrollo de aquellos, encaminado a la mejor puntualización de las condiciones pactadas, y no como novación, y en análogo sentido la Sentencia de ésta Sala de 6 de Julio de 1974, mantiene el criterio, que los principios de la *lex inter-partes* y *pacta sunt servanda* de fuerte influencia civilista, han sido superados por la moderna doctrina administrativa siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés y sustituidos por los principios de mutabilidad del contrato administrativo, Administración -poder y contratista- colaborador, equilibrio financiero y honesta equivalencia de las prestaciones, principios, que si bien solo están admitidos implícitamente en el R.C.C.L.(relaciones los Art. 21.2 y 57 citados, con el 23, 53 y 54), lo están de una manera clara en la legislación de Contratos del Estado. Que en cuanto al importe de las obras realizadas por CASA cabe determinarlos con base en las liquidaciones presentadas por ambas partes, cuyo resumen puede exponerse de la manera siguiente: Polígono de San Benito, a) Viviendas, las partidas "unidades coincidentes" y "mal medido el proyecto" se aceptan de acuerdo con el criterio que se deja establecido y lo que aparece consignado en el Acta número 115 (Fº195) de los autos, lo mismo respecto a la Partida "un enchufe 2 por 10 (Fº198 letra v, Fº205, 309 y 310 de los autos), en cambio se excluye la partida "una bañera" siendo su importe 150.000 Ptas. (Fº198 v, letra g) y 205 letra g); b) Urbanización, la excavación son 15.151,13 m3 que por 36,05 ptas., dan 546.198,23 ptas. en lugar de 1.200.061,24, por lo que hay que restar 653.863 ptas. (Fº 199, 205, 558 y 322 autos). De otra parte los metros cúbicos de relleno son 3.165 por 5.150 ptas. igual a 162.997,50 ptas. en vez de 331.588,10 ptas. por lo que hay que

que, en toda su integridad por suponer una solución razonable del conflicto planteado y encontrar apoyo en una valoración correcta y conjunta de los diferentes instrumentos probatorios (documental y pericial) que le permite rechazar -como premisa básica o determinante- la tesis municipal de encontramos ante un supuesto excepcional de liquidación de un contrato de obra por ajuste o precio alzado previsto en el Art. 1568 y siguientes del C. Civil y Arts. 55 del R.C.E. y 46 de la Ley con la especialidad de no haber sido la Administración sino el contratista el redactor del proyecto, presupuesto, etc. (el concurso se programó para escoger el mejor proyecto redactado por los licitadores conforme a las Bases y condiciones previas señaladas por la Administración) de la obra⁵⁷⁸.

restar 168.590,60 ptas. (Fº 199 expediente, 588 y 315 autos), debiéndose de restar un total de 822.453 ptas., es los conceptos de jardinería (Fº198-v) y de albero (Fº198-v- C,204-C y 517) se mantienen; c) Varios, se prescinde de la partida "sondeos y ensayos" (Fº198-B), se mantiene en cambio la de "Transporte y Juegos Infantiles" (Fº.198-D) y la baja con referencia a la partida Beneficia Industrial, como la Ejecución Material es 180.127.959'57 ptas., su 17% del C.S.E. hay que admitirlo (Fº199 autos, y 127 del expediente), pues el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera convino con la gerencia de urbanización del Ministerio de la Vivienda, que las obras de electrificación en alta tensión del Polígono de San Benito, se ejecutarán por dicho Organismo, encomendándole su realización a la Compañía Sevillana de Electricidad, habiéndose asimismo concertado con dicha Compañía Sevillana de electricidad de la ejecución por cuenta de ésta entidad de las líneas de baja tensión, y como a causa de ello la Empresa Constructora (CASA) hubo de suspender toda obra por tales conceptos en el expresado Polígono de San Benito, es llano que nos hallamos ante un caso de compensación por ejercicio del *ius variandi*, cuya razón de ser consiste en que si la Administración modifica el objeto del contrato es de toda lógica que deba compensar al contratista por todas las consecuencias económicas de la modificación, encontrándose el principio de la compensación de las modificaciones directas del contrato reconocido sin reservas en nuestro Ordenamiento Jurídico vigente, y muy particularmente en R.S.C.L., así el Art. 127.2.2a) del mismo establece la obligación de las Corporaciones Locales de "compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordene introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución", comprendiendo esta compensación tanto el daño emergente como el lucro cesante, según se desprende del Art. 126.2.b) del mismo Reglamento, que obliga a diferenciar en toda concesión el servicio objeto de la misma y la "retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio a tenor de las bases que hubieran servido para su otorgamiento deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación" y "normal beneficio industrial".

⁵⁷⁸ Añade el Supremo: "declaración esta última que no comporta necesariamente la consecuencia establecida en cuanto hay que estar (en cuanto al cumplimiento y régimen jurídico) a lo previsto en las cláusulas o condiciones contenidas en los pliegos acornó base del contrato), Art. 21 del Reglamento de Contratación y prescripciones concordantes) y desde esta perspectiva de enjuiciamiento (ver: análisis de los Arts. 7º, 8º y concordantes del capítulo IV del Pliego Cláusulas Técnico-Facultativas etc.) la tesis de la Sentencia - desarrollada en el razonamiento 3º- es plenamente asumible, por cuanto que el hecho jurídico de que la adjudicación del contrato de obra se apoye en un concurso de selección de proyectos confeccionados por los propios licitadores no supone alteración alguna del régimen jurídico del contrato perfeccionado por la adjudicación definitiva y cuyo contenido ha de acomodarse a las prescripciones contenidas en las Bases que rijan la contratación y en los preceptos específicos del Reglamento, Art. 51 y siguientes y disposición adicional 2 (para lo no previsto la aplicación subsidiaria de la legislación del Estado y el derecho común) sobre cumplimiento de lo pactado. Que como resalta la Sentencia apelada la denominada "cláusula añadida" al acuerdo de adjudicación definitiva e introducida realmente en la notificación es no solo "un añadido irregular" y nulo por infringir preceptos legales imperativos impedientes (Arts. 44.2 , 45 , 51 y concordantes del Reglamento en concordancia con la Ley de Contratación), sino también por suponer decisión de órgano no competente (Art.121. d de la Ley y Art. 2º del Reglamento), ya que la notificación por su naturaleza (acto de comunicación de otro acto independiente) y órgano que lo acuerda (simple presidente o incluso la Secretaría como órgano de

Que si, en palabras del propio actor, el conflicto surge por la negativa del Patronato al pago de unas unidades de obra, realmente ejecutadas y conformes al Proyecto, la conclusión establecida y amparada en la discordancia existente entre el Proyecto (que si incluía las unidades de obra cuestionadas) y el Presupuesto (omisión de partidas en el estado de mediciones etc. no puede suponer liberación del dueño de la obra ya que aparte de su pequeña cuantía (la desviación supone un 2,8% del presupuesto inicial) y que la prueba pericial justifica por la complejidad e importancia de la obra, su realización es conforme a lo pactado por figurar en el proyecto (Art.44 L.C.E. y Arts. 51 y concordantes del R.C.L.), sin que la omisión (se ignora la causa pero bien pudo ser por simple error dadas las complejidades que presentaba el proyecto) suponga dificultad alguna por razones jurídicas o técnicas (Art. 111 de la L.P.A., el Art. 62 del Decreto de 31 de Diciembre de 1970 en relación con la Adicional 2ª del Reglamento de Corporaciones Locales) unido a (pie la obra se realizó con conocimiento y bajo la dirección de los técnicos del Patronato (firma de determinado número de certificaciones de obra en que se incluían unidades discutidas) y cuya actuación cristalizó en las actas de recepción provisional en las que se consignó que las obras habían sido realizadas con arreglo al proyecto aprobado y órdenes recibidas (Arts. 51 y 53 del Reglamento en relación con el Art. 44 de la L.C.E. etc.) y que una exégesis razonable de lo convenido (la buena fe y la proporcionalidad de las prestaciones como criterios informantes) conduce inexcusablemente a rechazar la tesis litera lista o meramente formal del Patronato apelante, como hace la Sentencia apelada tendente, en definitiva, a impedir un enriquecimiento injusto.

Otro tema se juzgó en una Sentencia de 2011⁵⁷⁹. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia de fecha 31 de Enero de 2011 estima el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad "AZVI, S.A ".

Esta entidad fue adjudicataria del contrato de obras "Variante de Población. Carretera N-332 de Cartagena a Valencia. p.k. 134,000 al 143,500. Tramo: Villajoyosa" interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio del recurso de reposición promovido contra la resolución de 7 de Julio de 2009, del Director General de Carreteras del Ministerio de Fomento, dictada por delegación, por la que se acordaba aprobar económicamente la liquidación de las referidas obras, con una valoración de 29.604.615,47 € y saldo nulo. En esencia, la entidad AZVI S.A.

documentación) carece de virtualidad jurídica para introducir modificación alguna del acto o acuerdo que se hace saber al administrado (Art.79 de la L.P.A., Arts.309, 311 y concordantes del Reglamento O.F . etc.), máxime en una materia en que especialmente se prescribe que declarada lícita la licitación la adjudicación definitiva asume el contenido de la provisional y una vez dictada el contrato se entiende perfeccionado y deberá ser cumplido con sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que le sirvan de base etc. sin que puedan modificarse, a no ser que se abra nueva licitación, y sin que la cuestión debatida sea encajable en los supuestos modificativos admitidos en los Art. siguientes, (Arts.51 y concordantes del Reglamento) y todo ello, en fin porque supone establecer una cláusula rígida a posteriori que pugna con los criterios generales que informan no solo la contratación administrativa sino también el Procedimiento (Arts. 111 de la L.P.A, 156 de la Ley General Tributaria, orden de 22 de Octubre de 1958 y preceptos concordantes) tendente en definitiva a mantener una situación jurídica, meramente formal, de posible injusticia; por no equilibrada, y que la jurisprudencia rechaza (Sentencias de lo de Noviembre de 1975, 15 de Noviembre de 1977 etc.).”

⁵⁷⁹ Ver S.T.S., de 23 de Diciembre de 2011, Nº de Recurso: 2185/2011, Ponente: D. JOSÉ DÍAZ DELGADO.

demandaba que las referidas obras tuvieron comienzo el 12 de Noviembre de 2002, y que, a consecuencia de la tramitación y posterior aprobación de un Modificado, su plazo de ejecución quedó diferido al 12 de Septiembre de 2005, fecha en la que, efectivamente, la obras se concluyeron, tal y como se hace constar en el acta de recepción de las mismas. Por ello y atendido que se trataba de un contrato bajo la modalidad de abono total del precio al tiempo de terminación de las obras, consideraba que la compensación financiera a la que tenía derecho debía ir referida, no al plazo de ejecución inicialmente previsto en la licitación, sino al nuevo plazo real de ejecución fijado a consecuencia del Modificado de la obra acordado por la Administración, negando la aplicabilidad de la cláusula 15, apartado 4.c) del P.C.A.P., pretendida de contrario por el Abogado del Estado, por cuanto la misma disciplinaba los supuestos de abono de la compensación financiera en los supuestos de obras entregadas después de haberse cumplido el plazo de ejecución previsto en el contrato por cuanto, en el presente caso, la obra concluyó dentro del plazo fijado por las partes, esto es, el 15 de Septiembre de 2005⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional estimó dicho recurso con base en la siguiente argumentación: "TERCERO. - Si bien en otros litigios similares esta Sala y Sección ha valorado, con efectos desestimatorios, la inclusión de cláusulas en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares en las que se preveía que la compensación financiera sería fija y contabilizada en el ejercicio previsto para la entrega de la obra, sin variación alguna con independencia de cuáles pueden ser las incidencias de dicha obra o su ritmo efectivo de ejecución, distinto es el supuesto que ahora se considera. En efecto, el apartado c) de la Cláusula 15.4 del P.C.P.A., del contrato que atendemos, establece: c) Si la obra hubiera sido recibida por la Administración, o hubiera sido entregada a ella, tras su correspondiente terminación, después de haberse cumplido el plazo de ejecución de la misma previsto en su contrato (que es, también el previsto por el contratista en el Programa de trabajo contenido en el sobre nº 2 de la proposición que aquel, como licitador, presentó, en su momento, al concurso de la obra), la compensación financiera total se calculará, de la manera indicada en el Anexo 4 de este pliego para la obtención del CF, pero basándose, para ello en el Programa de Trabajo final y definitivo, acordado entre la Administración y el contratista, al que, realmente, haya respondido la ejecución de la obra. CUARTO.- Sentado lo anterior, conviene subrayar que del expediente administrativo y de la documentación aportada en los autos principales se desprenden los siguientes extremos: a) La licitación del contrato tuvo lugar el 25 de Julio de 2001, con adjudicación de fecha 10 de Enero de 2002. b) En Acta de Comprobación de Replanteo, firmada el 20 de Marzo de 2002, se advierte, entre otros aspectos de la obra, que no estaban disponibles los terrenos necesarios para el inicio de las obras, por lo que se suspendió su inicio. El 11 de Noviembre de 2002, se levanta Acta de revocación de la suspensión, iniciándose las obras el día siguiente. c) El 12 de Agosto de 2005, se aprobó el Modificado nº 1, con nueva fecha de terminación del 12 de Septiembre de 2005, y d) Consta que la fecha final de las obras ha de fijarse en el día indicado, 12 de Septiembre de 2005, tal como se infiere del Acta de Recepción obrante al folio 22 del expediente, por lo que el plazo de ejecución de las obras fue de treinta y cuatro meses. QUINTO.- En consecuencia, y teniendo en cuenta el plazo contractual, su precio y la fórmula de la compensación financiera - cuestiones que, por lo demás, no se cuestionan de adverso- debemos concluir, dada la redacción de la Cláusula 15.4 c) a que antes se hizo mérito, que la compensación financiera reclamada ha de satisfacerse, pues la obra concluyó dentro del plazo fijado por las partes una vez tenida en cuenta una contingencia, la no disponibilidad de todos los terrenos donde había de ejecutarse, y, además, la repetida Cláusula, a pesar de que a criterio del demandado adolece de una dicción no todo lo nítida de lo que sería preciso, ha de interpretarse en relación con lo que también dispone en su oración inicial ("El precio total y final de la obra, que la Administración considerará para determinar el abono total a pagar al contratista, será el que resulte de sumar los importes obtenidos mediante la aplicación de los precios unitarios de ejecución por contrato, afectados por el coeficiente de adjudicación, a las correlativas mediciones de obra realmente ejecutadas, incrementándose en los montantes correspondientes a la revisión de precios y a la compensación financiera total"), de tal suerte que no puede menos que inferirse *-in claris non fit interpretatio-* que la tesis de la actora se acomoda plenamente a Derecho, con el corolario estimatorio que ello comporta".

AZVI, S.A. refiere que, carece de todo fundamento la argumentación ofrecida por el Abogado del Estado sobre la inaplicabilidad de la cláusula 15.4 c) toda vez que, a pesar de que la obra fue terminada y entregada dentro del plazo de ejecución resultante del modificado acordado por la Administración, lo cierto es que ello se hizo con retraso respecto de la fecha inicialmente prevista en el contrato primitivo para su finalización, por lo que la entidad recurrida argumenta que tuvo que soportar la compensación financiera generada por esta demora en la finalización de la obra que no le era imputable. Concluye exponiendo que existe una conformidad de las partes en cuanto a los hechos acaecidos en la ejecución de las obras, sin que de contrario se cuestione la procedencia de la cantidad reclamada en la demanda, que responde a la fórmula prevista en el contrato.

Para el T.S., resulta claro que la discrepancia reside en el importe de la compensación financiera que corresponde abonar por la Administración a la entidad AZVI, S.A. a resultas de la ejecución del contrato que le fue adjudicado y que para su resolución se habrá de analizar la interpretación del clausulado del P.C.A.P., llevada a cabo por la Sala de instancia. Para ello, hay que partir del hecho de que la obra de la que resultó adjudicataria la entidad AZVI, S.A. fue concertada bajo la modalidad de abono total del precio establecida en el Art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, siendo la cláusula 15 del P.C.A.P., la que disciplinaba el régimen aplicable a los certificados de obra en curso y al abono del precio del contrato. Su apartado 4 señalaba que " El precio total y final de la obra, que la Administración considerará para determinar el abono final a pagar al contratista, será el que resulte de sumar los importes obtenidos mediante la aplicación de los precios unitarios de ejecución por contrata (correspondientes a los de ejecución material que figuran en el Proyecto de la obra), afectados por el coeficiente de adjudicación, a las correlativas mediciones de las unidades de obra realmente ejecutadas, incrementando en los montantes correspondientes a la revisión de precios y a la compensación financiera total, esta última determinada del modo siguiente: (...)". A través de tres apartados relacionados con las letras a), b) y c), la referida cláusula contemplaba distintas formas o modos de cálculo de la compensación financiera según que: a) La obra hubiera sido recibida por la Administración o entregada a ella, tras su correspondiente terminación, cumpliéndose el plazo de ejecución de la misma previsto en su contrato o, después de haberse cumplido dicho plazo por causas imputables al contratista; b) La obra hubiera sido recibida por la Administración o entregada a ella, tras su correspondiente terminación, antes de haberse cumplido el plazo de ejecución de la misma previsto en su contrato; c) La obra hubiera sido recibida por la Administración o entregada a ella, tras su correspondiente terminación, después de haberse cumplido, por causas no imputables al contratista, el plazo de ejecución de la misma previsto en su contrato. En los tres supuestos, tal plazo de ejecución de la obra iba referido al " previsto por el contratista en el Programa de Trabajo contenido en el sobre nº 2 de la proposición que aquél, como licitador, presentó, en su momento, al concurso de la obra". Por tanto, nos encontramos ante un contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio en el que la compensación financiera no resultó definitivamente pactada en el contrato suscrito el 21 de Febrero de 2002, sino que, atendidos los términos de la referida cláusula 15.4 del Pliego, incorporada al contrato, su cálculo y cuantía final se hacían depender de determinadas circunstancias, resultando determinante para ello el momento de entrega de la obra a la Administración. Pues bien, dicho lo anterior, tanto el Abogado del Estado como la Sala de instancia, coinciden en considerar que, atendidas

las concretas circunstancias que rodearon la ejecución del presente contrato, el cálculo de la compensación financiera debía hacerse conforme a lo dispuesto en la cláusula 15.4.c) del Pliego. Incluso la entidad hoy recurrida se muestra conforme con tal aplicabilidad a pesar de que, como refleja el Abogado del Estado en el recurso de casación, su postura en el proceso de instancia fue la contraria. La cláusula 15.4.c), en su literalidad, dice que " a) Si la obra hubiera sido recibida por la Administración o hubiera sido entregada a ella, tras su correspondiente terminación, después de haberse cumplido, por causas no imputables al contratista, el plazo de ejecución de la misma previsto en su contrato (que es, también, el previsto por el contratista en el Programa de Trabajo contenido en el sobre nº 2 de la proposición que aquél, como licitador, presentó, en su momento, al concurso de la obra), la compensación financiera total se calculará, de la manera indicada en el Anexo 4 de este Pliego para la obtención de CF*, pero basándose, para ello, en el Programa de Trabajo final y definitivo, acordado entre la Administración y el contratista, al que, realmente, haya respondido la ejecución de la obra". Pues bien, esta Sala comparte la tesis postulada por el Abogado del Estado⁵⁸¹ en esta casación por cuanto la Sala de instancia estimó el recurso promovido por AZVI, S.A. sin reparar que, en el cálculo de la compensación financiera, la Administración tuvo en cuenta no sólo el plazo de ejecución inicialmente previsto para la obra (veintidós meses) sino también el correspondiente a la modificación aprobada, de manera que, no sólo abonó la compensación financiera derivada de la ejecución del contrato original - cuantificada por resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación de 22 de Febrero de 2002, en un importe total de 1.001.873, 67 € , sino también la generada a consecuencia de la referida modificación número 1 del contrato, por lo que, en principio, a la referida entidad se le reconoció su derecho al correspondiente incremento de la compensación financiera a consecuencia del aumento que, con la modificación introducida, sufrió el plazo de ejecución de las obras. Que ello es así, se desprende de la resolución del referido Secretario de Estado de 12 de Agosto de 2005, que acordó, en relación con dicha modificación número 1, aprobar el gasto referente al incremento de compensación financiera en la cuantía de 336.864,93 € y aprobar económicamente y definitivamente la modificación número 1 y,

⁵⁸¹ El Abogado del Estado formula un único motivo de casación en el que se denuncia la supuesta infracción cometida por la Sentencia recurrida de los Art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre; 14 y 94 del Real Decreto Legislativo 2/2000; 1.5 y 7 del Real Decreto 704/1997, de 16 de Mayo; cláusulas 15 y anexo IV del P.C.A.P., 1.255, 1.258 y 1.091 del C. Civil. A juicio del Abogado del Estado, el hecho de que la Sentencia recurrida resuelva el recurso con fundamento en la citada cláusula 15.4.c) resulta curioso por cuanto su aplicabilidad fue negada por la entidad demandante en la instancia. Más allá de ello, aduce que la interpretación que realiza de dicha cláusula no es correcta, argumentando que, del tenor literal de su apartado 4.c), la compensación financiera debía calcularse, a partir del plazo de ejecución previsto en el sobre número 2 de la proposición que la referida entidad presentó al concurso de la obra, con base en el programa de trabajo final y definitivo acordado entre la Administración y contratista a consecuencia del proyecto modificado número 1 de la obra, lo que determina que el importe fijado por la Administración fuera el correcto. Sostiene que la Administración ya tomó en consideración el modificado número 1 en el cálculo de la compensación financiera y que no cabe que tal cálculo se pueda separar de la voluntad de las partes expresada en el programa de trabajo, tal y como finalmente hace la Sentencia recurrida que, con la interpretación que lleva a cabo, desvincula la referida cláusula "de su finalidad y del método de cálculo del plazo señalado entre partes contratantes". Prosigue señalando que la finalidad de la compensación financiera es la retribución del coste de financiación del contrato mientras éste se ejecuta y que ningún coste de financiación tuvo que soportar el contratista durante el tiempo en que el contrato estuvo suspendido temporalmente, sin iniciarse la ejecución de la obra a la espera de la disponibilidad de los terrenos.

posteriormente, el contrato de dicha modificación suscrito el 10 de Septiembre de 2005, que, en su cláusula segunda, establecía que, tal modificado, producía un coste adicional de 1.140.750,23 € y un incremento por la compensación financiera en la referida cuantía de 336.864,93 € y, en su cláusula tercera, que el plazo de ejecución de las obras quedaba aumentado en un mes a partir de la fecha de su aprobación económica. Por tanto, no cabe compartir la argumentación ofrecida por la Sala de instancia por cuanto se estima que la Administración consideró debidamente los concretos conceptos que debían integrar la partida referida a la compensación financiera que le correspondía percibir a la entidad AZVI S.A., computando tanto el período de tiempo previsto para la ejecución del contrato de obra, como el resultante de la modificación número 1, quedando así la discrepancia de la citada entidad reducida a la concreta cuantificación efectuada en la liquidación de las obras efectuada por el Director General de Carreteras en su resolución de 7 de Julio de 2009, para lo cual, como veíamos anteriormente, resulta determinante el Programa de Trabajo final y definitivo, acordado entre la Administración y el contratista, al que, realmente, haya respondido la ejecución de la obra. En el cálculo que realiza la Administración, dicho Programa de Trabajos abarca un total de treinta y un meses y en él constan, entre otros extremos, la inversión realizada por la contratista en cada uno de ellos; la inversión global correspondiente al semestre, así como las diferentes fórmulas empleadas para cuantificar el importe de la compensación financiera según que se tratara de semestres completados o del último período de ejecución de la obra inferior a un semestre, siendo la suma de las cantidades resultantes de aplicar dichas formulas la constitutiva del valor total de la compensación financiera a abonar, arrojando un total de 1.338.738,60 €. La entidad contratista, por su parte, reclama, sobre la base de treinta y cuatro meses de ejecución del contrato (período de tiempo comprendido entre el 12 de Noviembre de 2002 -fecha efectiva de inicio de las obras- y el 12 de Septiembre de 2005 - fecha final de las obras-), el abono de 1.625.895,63 € obtenidos de aplicar, a todos los períodos de tiempo, semestrales o inferiores, por igual, la siguiente fórmula: presupuesto semestral de inversión multiplicado por el tipo de interés total anual (4,76%) y por el tiempo en meses de devengo de intereses y, todo ello, dividido por doce meses. Pues bien, la cuantía demandada por la entidad contratista no puede ser aceptada toda vez que no se ajusta en su cálculo a lo especificado en el Pliego de cláusulas administrativas particulares en el cual, tal y como consta en el documentación aportada por la citada entidad en la instancia, se disciplinaba una fórmula de cálculo de la compensación financiera para los períodos semestrales completados distinta a la que debía regir para el cálculo de la correspondiente al último período de ejecución inferior a un semestre, sin perjuicio de lo cual, dicha entidad ha cuantificado la compensación del último período aplicando idéntica fórmula a la utilizada para el resto de semestres, pudiendo residir en esta circunstancia el diferente resultado que obtiene en su cálculo así como en el hecho de que la liquidación efectuada por la entidad contratista, a diferencia de la de la Administración, adiciona a los treinta y un meses -respecto de los que ambas liquidaciones son coincidentes tanto en lo relativo a la cuantía mensual como semestral de las inversiones realizadas- un total de tres meses más -llegando así a los treinta y cuatro que reclama- aun cuando se corresponden con períodos de tiempo en los que no se realizó inversión alguna por parte de aquella. Por último, se ha de significar que la entidad contratista no sólo no realizó salvedad alguna a la cuantificación de la compensación financiera correspondiente a la modificación número 1 del contrato de obra aprobada por la resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación de 12 de Agosto de 2005, ni tampoco al

tiempo de suscribir el contrato de dicha modificación el 10 de Septiembre del referido año, a pesar de que la misma quedaba cuantificada en un total de 336.864,93 €, sino que prestó su total conformidad al Proyecto de liquidación efectuado por la Administración el 10 de Noviembre de 2008, posteriormente asumido por el Director General de Carreteras en su resolución de 7 de Julio de 2009, y en el que la compensación financiera ascendía a un total de 1.338.738,60 €, resultantes de sumar la correspondiente al contrato (1.001.873,67 €) y la aprobada en relación con la modificación número 1 de éste (336.864,93 €), sobre la base de los cálculos realizados en función de la duración del programa de trabajo y de la cuantía de las inversiones realizadas antes analizados y respecto de los cuales, reiteramos, la entidad contratista no realizó reparo u objeción alguna.

Muy interesante por los temas que aborda es un caso de 2008⁵⁸². Se planteaba un problema con el abono de una mayor cantidad por compensación financiera en el coste

⁵⁸²Ver S.T.S., de 23 de Abril de 2008, Nº de Recurso: 1948/2006, Ponente: D. SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA. La Sentencia de instancia recurrida en el segundo párrafo del fundamento de Derecho primero se refiere a los motivos del recurso y señala en síntesis, y tras verificar una consideración general sobre las peculiaridades del contrato con pago único del precio, que: "en relación con la compensación financiera, en que el coste de la financiación es parte del precio, en que el precio debe responder en todo momento al equilibrio de las prestaciones, en que la determinación del precio se realiza en función de la programación de la obra (ritmo de ejecución), y en el derecho de la U.T.E., recurrente a un incremento del precio por mayores costes de financiación, y, en relación con la revisión de precios de las certificaciones, procede el abono de la liquidación recabada, al amparo de la normativa aplicable". El segundo de los fundamentos expone las normas que rigen el contrato de obra por el sistema de abono total del precio a su terminación y así expone que las normas que resultan aplicables son las siguientes: "a) El Art. 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el T.R.L.C.A.P., prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, pero lo exceptúa en los supuestos, en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos que una Ley lo autorice expresamente. b) Art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social: "El precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada". c) El Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, dictado en su desarrollo, autoriza, en sus Art. 1º y 5º.1.d), el fraccionamiento del pago, y su Art. 7 dispone que el pago del precio se realizará a la recepción de la obra terminada y que tal abono podrá fraccionarse en distintas anualidades con un máximo de diez. d) La Cláusula 18 del P.C.A.P., del contrato al que se contrae la litis establece lo siguiente: "18.1 El precio que figura en el contrato se pagará al final de la obra. El precio total y final de la obra que la Administración pagará al empresario será el que resulte de aplicación de los precios unitarios del presupuesto, afectados por la baja, a la medición de la obra realmente ejecutada, incrementado en la revisión de precios y en la compensación financiera, tal como se fijó en el cálculo definitivo de los costes de financiación. 18.2 El abono del precio se documentará a partir de la fecha de terminación total de la obra. Si existe diferencia positiva, entre el precio total y final definido en el punto 18.1 y el pago a realizar al final de la obra tal como figura en el contrato, se abonará dentro de las tres anualidades siguientes a la de la citada entrega. 18.3 Si la Administración incurriera en mora en el pago abonará al empresario el interés establecido en el Art. 100 L.C.A.P., a contar de dos meses desde la recepción de la obra". Del Cuadro de características del mismo pliego, de modo que las inversiones previstas en cada anualidad del programa coincidiesen en la financiación ofrecida por el licitador. Para que la Mesa del concurso pudiera valorar la compensación financiera ofertada (por no existir pagos a cuenta en el curso de la obra) se establecía en la cláusula 12 del Pliego, que se aplicaría a la inversión en obra en cada semestre el tipo de interés de referencia (que a tal efecto se indicaba) más el diferencial ofertado, y por un período de tiempo desde el punto medio de cada semestre hasta la finalización del programa de trabajos, para lo cual se daba una ecuación en la que uno de sus miembros era la compensación financiera a evaluar y el otro un sumatorio en el que figuraba la inversión global de

cada semestre de acuerdo con el programa de trabajos, a multiplicar por el tipo de interés ofertado y el número de semestres desde el punto medio de cada semestre hasta el final del plazo de ejecución. 4.- Aunque no a efectos de pagos a cuenta, -que no existían en el contrato-, sino sólo para hacer posible el seguimiento del programa de trabajos y del consiguiente ritmo de ejecución, así como para poder calcular en su caso la revisión de precios, la cláusula 17 del Pliego establecía que la obra en curso se acreditaría mediante certificados trimestrales expedidos por el Director de la obra. En cuanto a la eventual modificación de la obra objeto del contrato, el Pliego (cláusula 30) se remitían a la L.C.A.P, lo que por otra parte ya estaba así establecido en el Art. 147 Ley de de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social. El acta de comprobación de replanteo se firmó con fecha 29 de Enero de 1999, dando comienzo las obras el día 30 de Enero de 1999 y finalizando por tanto el plazo de ejecución el 30 de Julio de 2001. El 11 de Agosto de 2000, se produce en el denominado "Desmante de Pesués" (zona comprendida entre los PK. 112+800 y 113+340, en el tramo inicial, un deslizamiento por bloques a lo largo de varios planos de estratificación, que obliga a reconsiderar la definición de todo el desmante que contemplaba el proyecto. El 15 de Diciembre de 2000, la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento resuelve la tramitación, por el procedimiento de emergencia, de las actuaciones de excavación del deslizamiento y estabilización del desmante de Pesués, en las obras: " Autovía del Cantábrico. Tramo: Lamadrid-Unquera La ejecución de las obras del proyecto de emergencia antes mencionadas imposibilitaban, por causas ajenas a mi representada, el cumplimiento del plazo previsto para la ejecución de las obras de "AUTOVÍA DEL CANTÁBRICO. Carretera N-634 de San Sebastián a Santiago de Compostela. Tramo: LAMADRID- UNQUERA contratadas. Por dicho motivo, mi representada solicitó, (sic) que se concedió, la fijación de nuevo plazo de terminación de las obras afectadas para el 30 de Septiembre de 2001. El resultado global sobre el plazo de la obra ha sido que los 30 meses contractuales han pasado a ser 32. Las obras concluyeron el 30 de Septiembre de 2001, realizándose la recepción de las mismas el 11 de Octubre de 2001, levantándose el acta correspondiente. Por Resolución de 27 de Febrero de 2004, el Secretario de Estado de Infraestructuras aprueba la Liquidación con adicional por obra (9.172.299,81 €) y revisión de precios (9.905.476,66 €). Mi representada está conforme con dicha Liquidación en lo referente a la medición y valoración del adicional de obra y al cálculo de la revisión de precios, pero difiere en cuanto no tiene en cuenta la diferencia por los costes de financiación por haberse desplazado en el tiempo la finalización y abono de la obra prevista en el contrato, por la falta de compensación financiera de la revisión de precios y por no recoger la compensación financiera que pueda derivarse de la fecha de pago del adicional de obra y de la revisión". Dedicar el tercero de los fundamentos a exponer el contenido del acto administrativo impugnado y: " relativo a liquidación con adicional por obra y revisión de precios de las obras "Autovía del Cantábrico, Carretera N-634, de San Sebastián a Santiago de Compostela, tramo Lamadrid-Unquera", resolvió lo siguiente: "1º Aprobar económicamente la liquidación de las obras mencionadas en el ASUNTO, por los siguientes conceptos:

| | |
|---|------------------|
| Valoración de liquidación..... | 118.223.745,32 € |
| Adicional por obra..... | 9.172.229,81 € |
| Adicional por revisión de precios..... | 9.905.476,66 € |
| Total Adicional líquido..... | 19.077.706,47 € |
| Presupuesto aprobado y no certificado | .0,00 € |
| Saldo en contra del Estado | 19.077.706,47 € |

con cargo a la aplicación presupuestaria 17.38.513 D.601, Código Proyecto de Inversión 1997.17038.0109.00.001, súper proyecto 1996.17038.9040, anualidad de 2004. (Incluido complemento de I.V.A., de 0,00.-€), siendo el gasto total de 19.077.706,47 €. 2º.- Ordenar librar en firme, previa expedición de la oportuna certificación, el citado saldo a favor del adjudicatario de 19.077.706,47 € con cargo a la aplicación presupuestaria y anualidad citadas". Y en el cuarto y último de los fundamentos expresó las razones por las que procedía la desestimación del recurso y así mantuvo que: "Pues bien, a pesar del profuso razonamiento de la promovente, enfatizando sobre la necesidad de pago por mayor tiempo de ejecución de dos importes, uno relativo a la compensación financiera y otro a la revisión de precios de las certificaciones, lo cierto y verdad, en consideración al marco jurídico de la modalidad de ejecución y pago ahora atendida, es que, según la cláusula 18, más arriba reproducida, del Pliego auténtica "ley del contrato"- en los casos de diferencia positiva entre el precio total y final y el que figura en el contrato, como sería el caso, la cantidad correspondiente puede ser satisfecha dentro de las tres anualidades siguientes a la de la entrega de las obras (cláusula 18.2), producida el 11 de Octubre de 2001,

del contrato como consecuencia de una demora en la duración de la obra por circunstancias absolutamente ajenas a la voluntad de la contratista. La U.T.E., constituidas por DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES, S.A. (actualmente GRUPO DRAGADOS, S.A.) y FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/82, abreviadamente U.T.E., SAN VICENTE, resultó adjudicataria, el día 01 de Diciembre de 1998, de las obras denominadas obras "Autovía del Cantábrico, Carretera N-634 de San Sebastián a Santiago de Compostela. Tramo La Madrid-Unquera", por un importe de 15.588.683.854 ptas. (I.V.A., incluido), en concepto de precio de construcción de las obras y 907.828.965 ptas. (I.V.A., incluido) correspondiente a la compensación financiera, siendo el plazo de ejecución de las obras de treinta meses contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo. Se impugna en este recurso extraordinario de casación la Sentencia de diez de Febrero de dos mil seis de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, que desestimó el recurso 253/2004, interpuesto por las sociedades citadas frente a la Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 27 de Febrero de 2004, que aprobó la liquidación con adicional por obras y revisión de precios de las obras de la mencionada Autovía.

siendo así que el abono del diferencial se hizo el 4 de Marzo de 2004, dentro, por tanto, del aludido término trianual, y sin que a dicho monto le sea aplicable, según una interpretación lógica, lo determinado en la cláusula 18.3 (intereses de mora a contar dos meses desde la recepción de la obra), que se refiere al precio final y total de la obra, más sus adiciones (adicionales de obra, revisiones de precios y compensación financiera), esto es, en cuanto precio pactado contractualmente, consideración similar a la contenida en resoluciones análogas de esta Sala y Sección (por todas, Sentencia de 18 de Marzo de 2005) y que respalda una decisión desestimatoria del recurso jurisdiccional deducido". El primer motivo considera que la Sentencia vulnera el Art. 14 de la L.C.E., Ley 13/1995, de 18 de mayo, que se refiere al precio de los contratos. Afirma que la Sentencia de instancia no distingue correctamente entre los tres conceptos que se solicitaban en el recurso y especialmente en lo referente a la mayor compensación financiera a que tenía derecho por cuanto el pago total de la obra se veía dilatado en el tiempo por el incremento en la duración de las obras por causas ajenas a su voluntad. Esa circunstancia en la demora de la obra sin culpa alguna de la contratista generó unos mayores costes de financiación que no se incluyeron en la liquidación. Y el abono de ese mayor coste ignorado por la Administración era obligado de acuerdo con el contenido del art. 14 de la L.C.E. "en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido". Cita también el Art. 164 de la Ley que establece la obligación de la Administración de compensar toda modificación que afecte al régimen financiero del contrato para mantener el equilibrio del mismo. Se refiere a la cláusula 10 del P.C.P.A., del contrato que establecía un programa de trabajos por plazo de 30 meses "de modo que las inversiones previstas en cada anualidad del programa coincidan con las comprometidas en la financiación ofrecida por el licitador". Si ese plazo se alteró sin culpa del contratista la Administración debió reparar el superior coste de financiación soportado por el contratista durante ese plazo superior. Un segundo motivo considera que la Sentencia infringe la jurisprudencia relativa al mantenimiento del equilibrio financiero de los contratos y cita varias S.S.T.S., como las de 11 de Abril y Mayo de 1995. Recuerda que es esencial el mantenimiento del equilibrio económico del contrato e insiste en los Arts. 14 y 164 L.C.E., y se refiere a los supuestos de indemnización por mayores costes originados al ampliarse el plazo de ejecución mediante las pertinentes prórrogas. Un tercer motivo se funda en la infracción del Art. 109 de la Ley de Contratos que se refiere al abono de las revisiones que se produzcan en los contratos. Cita también el art. 9 del Decreto 461/1971 de 11 de Marzo que desarrolló el Decreto-ley 2/1964, de 4 de Febrero, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos Autónomos y posteriores normas similares que insisten en igual necesidad. Y finalmente el cuarto motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia relativa a la interpretación de las cláusulas oscuras de los Pliegos de Contratación y Contratos Administrativos con cita de Sentencias como las de 14 de Marzo de 1988 y 16 de Mayo de 1990.

Explica el Supremo que de los hechos del caso se desprende cómo se produjo durante la celebración del contrato una circunstancia sobrevenida como fue el hecho de que el 11 de Agosto de 2000, ocurriera en el denominado "Desmante de Pesués" (zona comprendida entre los pp.kk. 112+800 y 113+340, en el tramo inicial, un deslizamiento por bloques a lo largo de varios planos de estratificación, que obligó a reconsiderar la definición de todo el desmante que contemplaba el proyecto". Las consecuencias de ese hecho obligaron a la Administración a tramitar por el procedimiento de emergencia las actuaciones de excavación del deslizamiento y estabilización del desmante de Pesués lo que forzó a la recurrente a solicitar la fijación de un nuevo plazo de terminación de las obras que le fue concedido señalándose como fecha para la conclusión el 30 de Septiembre de 2001. Sobre esta cuestión no se plantea duda alguna en cuanto a su existencia y, por otra parte, tampoco la Administración cuestionó la necesidad de realizar esa obra, utilizando el más que excepcional procedimiento de emergencia para llevarla a cabo, como tampoco opuso reparo a prolongar el plazo de ejecución de la obra contratada durante dos meses. Ese hecho evidente hubo de ser acompañado de un coste mayor de financiación para la contratista del que había presupuestado y que se produjo por un hecho completamente ajeno a la misma. Sentado lo anterior es ahora el momento de acometer la resolución de los motivos del recurso, y así, en relación con el primero de ellos, es preciso recordar que considera que la Sentencia vulnera el Art. 14 L.C.E., Ley 13/1995, de 18 de Mayo, que se refiere al precio de los contratos. Considera que la Sentencia de instancia no distingue correctamente entre los tres conceptos que se solicitaban en el recurso y, especialmente, en lo referente a la mayor compensación financiera a que tenía derecho, por cuanto el pago total de la obra se veía dilatado en el tiempo por el incremento en la duración de las obras por causas ajenas a su voluntad. El artículo que invoca el motivo referido al precio del contrato arranca de la idea esencial de que "los contratos tendrán siempre un precio cierto... que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido", a lo que se añade que "la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el periodo de ejecución". Partiendo de esta norma y citando también el Art. 5.1.b) del Real Decreto 704/1997, de 16 de Mayo, por el que se reguló el Régimen Jurídico, Presupuestario y Financiero del Contrato Administrativo de Obra bajo la modalidad de Abono Total del Precio y que expuso que "los pliegos de cláusulas administrativas particulares que regulen la construcción y financiación de las obras previstas en este Real Decreto, deberán incluir necesariamente y de forma separada: b) Las condiciones específicas de su financiación de forma que hagan posible la determinación del precio final a pagar", así como el contenido de la Cláusula 18 del P.C.A.P., del Contrato, concluye que el precio total a pagar por la Administración debe incluir el mayor coste de financiación que hubo de soportar por la mayor duración de la obra que excedió en dos meses el plazo inicialmente previsto, cantidad que debió calcularse de acuerdo con la fórmula para ello establecida en la Cláusula 11 del P.C.P.A. A la vista de lo expuesto el motivo debe prosperar. Es claro que la Sentencia no reparó en la resolución de esta cuestión, puesto que la consideró de modo más que insuficiente, ya que en el inicio del fundamento de Derecho cuarto se limitó a expresar que "pues bien, a pesar del profuso razonamiento de la promovente, enfatizando sobre la necesidad de pago por mayor tiempo de ejecución de dos importes, uno relativo a la compensación financiera y otro a la revisión de precios de las certificaciones" y a partir

de ese momento se apartó de ese razonamiento y se limitó a rechazar el recurso acogiéndose al contenido de una Sentencia anterior de la Sala y Sección en la que amparándose en el contenido de la Cláusula 18 del Pliego se expresaba que habiéndose abonado el precio del contrato dentro de los tres años del aplazamiento nada había de abonar la Administración. Cuestión que esta Sala ya ha examinado y confirmado cuando se trató del pago aplazado, e incluso cuando se trata del abono de precio de liquidación de obra que exceda de la contratada, en la que pagándose dentro del plazo establecido no devenga intereses. Pero no es ésta la cuestión aquí debatida sino una bien distinta, como es la relativa a la incidencia que en el contrato puede tener la prolongación de la duración del mismo sobre la financiación de la obra que corresponde al contratista cuando ese exceso de duración se produce por causa ajena a su voluntad.

En este supuesto, durante ese tiempo la empresa contratante debe soportar un mayor coste de financiación que, sin duda, afecta al equilibrio económico financiero del contrato y por el que debe ser resarcido. La estimación del motivo nos releva de dar respuesta a los otros dos planteados que, por otra parte, estaban en íntima conexión con este primero. En consecuencia al estimarse el motivo debemos casar la Sentencia recurrida que declaramos nula y sin ningún valor ni efecto. La Sala una vez estimado el recurso debe ahora en funciones de Tribunal de instancia dictar nueva Sentencia resolviendo de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción "lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate". En la demanda se solicitaban tres conceptos: -Una mayor compensación financiera por cuanto el pago total de la obra se veía dilatado en el tiempo por el incremento en la duración de las obras por causas ajenas a mi representada (726.096,55.-€). -Compensación financiera por abono de la revisión dentro de los tres años siguientes a la terminación de las obras (1.199.389,33.-€) -Compensación financiera por abono de la liquidación dentro de los tres años siguientes a la terminación de las obras (1.137.871,34.-€). De estos tres conceptos dos de ellos deben descartarse porque son ajenos a la financiación del contrato que se reclama. La compensación financiera sólo podrá producirse en tanto el contrato esté ejecutándose, puesto que la misma cumple una evidente finalidad que es la de retribuir el coste de financiación del contrato mientras el mismo se realiza, ya que la Administración durante ese tiempo no efectúa pagos a cuenta sino que hace un solo pago a la conclusión del contrato. En consecuencia en el supuesto que enjuiciamos es claro que esa compensación financiera la debió soportar la empresa contratista, la U.T.E., constituida para la ejecución de la obra durante el tiempo en que por un hecho ajeno a su voluntad se prolongó la ejecución del contrato con el conocimiento y consentimiento de la Administración, y de acuerdo con la formula convenida a esos efectos en la Cláusula 11 del P.C.A.P, del Contrato. No es posible aceptar por el contrario que la recurrente tenga derecho a los otros dos conceptos por los que reclama compensación financiera y que son por abono de la revisión y por abono de la liquidación dentro de los tres años siguientes a la terminación de las obras, y ello porque tanto la revisión del precio como la liquidación forman parte del precio y al abonarse el mismo dentro del plazo convenido para ello nada tiene que reclamar la recurrente porque la compensación financiera no está prevista a esos efectos sino a los de financiación de la obra durante la ejecución de la misma. En consecuencia procede estimar en parte el recurso y declarar que la Administración deberá abonar a la recurrente la cantidad reclamada en concepto de compensación financiera por el mayor coste soportado por la prolongación de la obra por dos meses sobre el plazo previsto

para su ejecución como consecuencia de un hecho ajeno a la contratista y cuya extensión fue conocida y aprobada por la Administración.

11. Revisión de precios y modificado.

El tema del modificado también presenta una conflictividad importante en lo que respecta al tema de la revisión de precios, conflictividad que ha requerido una intervención muy activa tanto del T.S.⁵⁸³ como del Consejo de Estado⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Sin ánimo de ser exhaustivos, aparte de los casos que vamos a ver arriba, véase: SS.T.S., 27 de Junio de 1980, Ar.3364, Ponente: D. JOSÉ GARRALDA VALCARCEL de 30 de Marzo de 1991, PONENTE: Excmo. Sr D. Mariano de Oro-Pulido López. Ver también S.T.S. de 31 de Octubre de 1988, Ar.8344, PONENTE: Excmo. Sr. D. José Luis Ruiz Sánchez. "Huarte y Compañía S. A.» dirigió escrito, con fecha 9 de Octubre de 1981, al Director general del Instituto Nacional de Enseñanzas Integradas, adscrito al Ministerio de Educación y Ciencia, solicitando abono de certificación por obra adicional ("remodelación de talleres", denominadas también ampliación de aulas en la Universidad Laboral de Sevilla) y revisión de precios, solicitud denegada por silencio administrativo. Contra dicha resolución se interpuso recurso ante la Sección Quinta de la Sala de este Orden Jurisdiccional de la Audiencia Nacional, recayó Sentencia, con fecha 21 de Octubre de 1985, por la que se anuló el acto denegatorio por silencio administrativo por su disconformidad a Derecho; declarando el derecho de la recurrente a percibir, y la obligación de la Administración demandada de abonar, la cantidad de 4.472.005,92 ptas., a que asciende la cantidad reclamada. De un lado se sigue insistiendo en la necesidad de justificar la ejecución de la obra adicional y la concurrencia de los requisitos exigidos por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de Febrero, desarrollado por el Decreto 461/1971; S.T.S. de 9 de Marzo de 2005, Ar.9095, Nº de Recurso: 4267/2001, Ponente: D^a. CELSA PICÓ LORENZO (Se arguye que si bien el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo a los precios convenidos, es decir lo que ordena el Art. 47.1 L.C.E., y desarrolla el Art. 142 de su Reglamento. Aquí la Sentencia se ha apartado de dichos preceptos no abonando los precios acordados. 1. Motivo vigésimo lo residencia en que no cabía modificación de precio de los hormigones por cambio de la procedencia de los áridos. 2. Motivo vigésimo séptimo. Insiste en que el cemento es un material que integra la unidad de obra hormigón pero que no la constituye en sí misma. 3. Motivo trigésimo octavo. Vuelve a mantener que no cabe aumento de precio por excavación en roca al no haberse distinguido con o sin explosivos. La recurrida opone que se pretende de nuevo cuestionar la valoración de la prueba. No obstante adiciona que tales preceptos son los que amparan para cobrar las unidades que ejecutó aunque tuvieran que ser objeto de precios contradictorios al fin de corregir situaciones imprevisibles (S.T.S., de 30 de Marzo de 1991). Adiciona que el informe pericial asumido por la Sala de instancia determina que no hay revisión de precios ni para los nuevos del Modificado Provisional ni para los del Definitivo. Mantiene que debe accederse a aquella aún cuando no conste en el Pliego de Cláusulas Económico Administrativas si figura en otro elemento contractual (Sentencia de 24 de Abril de 1985) como el proyecto que preveía la formula polinómica.); S.T.S., de 11 de Mayo de 2011, Nº de Recurso: 566/2008, Ponente: D. PABLO MARÍA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. Impugnación de las desestimaciones presuntas de las peticiones de 17 de Marzo de 2008, y de 18 de Diciembre de 2009, al Consejo de Ministros sobre Contrato de Concesión de Obra Pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Peaje Madrid-Toledo y la Autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo de circunvalación norte de Toledo. Procedencia de restablecer el equilibrio económico y financiero de la concesión como consecuencia de no haberse construido la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, prevista en el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007; S.T.S. de 25 Enero de 2012, Nº de Recurso: 5571/2009, Ponente: D. VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS (la cuestión a decidir en este caso se resume, dado el traspaso de las funciones y servicios operado del INSALUD a la Comunidad Autónoma de Murcia, en la determinación de a cuál de las dos Administraciones debe imputarse al pago de la cantidad que la demandante reclamó en la instancia, esto es, a que Administración corresponde el pago del saldo de 389.688,41 € correspondientes al modificado del proyecto, liquidación y revisión de precios del contrato de ejecución de las obras del Centro de Salud de Torrepacheco (Murcia). El T.S., aclara que dado que en la instancia tan solo se discutía qué Administración resultaba obligada al pago de las cantidades reclamadas, y no el concreto importe de las mismas, debemos concluir en atención a todo lo anteriormente expuesto, que al estar vigente el contrato, al reclamarse cantidades procedentes de la aprobación y abono de la liquidación final

Una explicación introductoria de esta cuestión se encuentra de manera magistralmente expuesta en un asunto de 1979⁵⁸⁵. Dice aquí el Supremo lo siguiente:

del mismo, su abono corresponde a la Comunidad Autónoma, en atención a lo dispuesto en el punto 5 del Apartado F del Anexo del Real Decreto 1474/2001, de 27 de Diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, debiendo por ello desestimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Insalud, absolviéndole del mismo y por el contrario estimar el interpuesto contra la Comunidad Autónoma de Murcia).

⁵⁸⁴ El Consejo de Estado en su Dictamen nº 424/1992, de 2 de Abril de 1992, sobre el Modificado nº 1 del de construcción de la variante de las carreteras LO-710 y LO-712 en SAN ASENSIO (La Rioja) examinarse la inclusión en el reformado de la posibilidad de revisar los precios, aplicando al efecto una fórmula polinómica. En principio, esta figura tiene una justificación menor en aquellos contratos de corta duración, por razones obvias. Así, el Art. 1º del Decreto 461/1971, de 11 de Marzo, que desarrolla el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de Febrero, exige, para incluir esta cláusula en contratos de obras cuyo plazo de ejecución no exceda de seis meses, informe previo de la J.C.C.A. En el expediente, no sólo no se incluye este informe -ni el de algún órgano autonómico que pudiera sustituirlo-, sino que tampoco existe resolución motivada del Consejero competente, ni informe de la Asesoría Jurídica sobre esta modificación del P.C.A.P., los cuales serían necesarios en todo caso (Art. 2 del Decreto citado y 84.c) del R.G.C.E. Además, en la memoria no se razona en absoluto la oportunidad de la cláusula revisora, como es preceptivo, y ello tiene particular relevancia habida cuenta del breve plazo previsto para la conclusión de las obras del reformado (hasta el 15 de Julio de 1992). No entiende, pues, este Consejo de Estado que en el expediente no se haya acreditado la conveniencia ni la necesidad de incluir en la modificación una cláusula de revisión de precios, que se excluyó expresamente respecto del contrato inicial, a pesar de su mayor duración (seis meses).

⁵⁸⁵ Ver S.T.S., de 12 de Diciembre de 1979, Ar.4346, Ponente: D. JAIME RODRÍGUEZ HERMIDA. La Entidad "Construcciones Várela Villamar, SA." fue adjudicataria de los proyectos denominados "Ampliación del Parador Nacional Conde de Godomar" de Bayona(Pontevedra) y la de "Pabellón de Servicios, Nueva Central térmica y varios" del mencionado Parador, por Órdenes Ministeriales de fechas 31 de Octubre de 1.972, y 1 de Febrero de 1.974, por unos importes de 34.781.759 ptas. y 18.246.208 ptas., respectivamente una vez aplicada la baja del 18,09% al presupuesto de contrato, ofertada en su día por la Empresa adjudicataria, con un plazo de ejecución de 480 días, plazo prorrogado por la Administración a la vista de una serie de circunstancias y, en especial, por una cantidad de obras complementarias que se obligó a efectuar y a llevar a cabo a la Empresa en cuestión; dicha entidad fue asimismo adjudicataria de unos proyectos complementarios por unos importes de 6.735.165 ptas., y otro de 3.386.650 ptas., con los mismos precios unitarios que rigieron en la primera adjudicación. En presencia de esa prórroga de la Administración y demás circunstancias concurrentes, la obra fue recibida en su día por la Administración sin tacha legal de mora alguna a su adjudicatario y realizador. En fecha 1 de Febrero de 1.974, se adjudicó a la misma Empresa el "Proyecto de Pabellón de Servicios Nueva Central Térmica y Varios" en el mencionado Parador, por un importe de 18.246.208 ptas., una vez aplicada la misma baja que en el anterior Proyecto, siguiendo el mismo idénticas vicisitudes que aquel, en cuanto a prórroga y realización y sin que se tildase de demora al adjudicatario del mismo. Es incuestionable que también se impusiera a "Construcciones Várela Villamar, SA.", la realización de una serie de obras no comprendidas en los dos Proyectos referenciados y que suponían aumentos dentro del límite del 20% del importe de las adjudicaciones de dichos Proyectos, obras que se realizaron simultáneamente con las amparadas por aquellos y cuya realización "era obligada para la Empresa de autos, a los mismos precios unitarios" que les que en su día se plasmaron en los antedichos Proyectos. Como quiera que dichas obras complementarias o a más se hicieron sin refrendo- expreso administrativo y de una manera simultánea a las que trataban de completar, el Consejo de Ministros, en su sesión de 20 de Junio de 1.975, "convalidó" unos gastos de 6.735.165 y 3.386.650 ptas., pertenecientes a los Proyectos de "Ampliación y del Pabellón de Servicio, Central Térmica y Varios", respectivamente. Tanto en los dos Proyectos aludidos, como en los gastos "convalidados", rigió el mismo Pliego de Condiciones, en el cual "no se contiene cláusula de revisión de precios". Tanto el Arquitecto director de la obra como la propia Administración, reconocen que la Empresa de autos "sufrió anormales aumentos de precios", fijando aquel "como baja la cifra de un 40% y señalando esta el criterio "favorable al reconocimiento de la revisión de precios instada", informe de la Subdirección General de Inmuebles y Usos del Ministerio de Información y Turismo de 10 de Enero de 1.977. Que como consecuencia de la subida del coste de los

En el contrato administrativo hay un fondo institucional, que no puede ser otro que el equilibrio económico del contratista, en cuanto que éste tiene derecho, no solo a la contraprestación económica; sino a no sufrir desequilibrio económico durante las incidencias del contrato, realidad que nos conduce a una de las características del contrato en cuestión, la del riesgo y ventura en su realización, riesgo y ventura que en derecho civil significa que el deudor debe soportar las consecuencias de un perjuicio

materiales, mano de obra y seguridad social que repercutió en el encarecimiento de las obras el contratista con fecha 5 de Agosto de 1.976, solicitó del Ministro de Información y Turismo la revisión de precios que le fue denegada mediante resolución del Subsecretario del Ministerio de Información y Turismo de fecha 28 de Octubre de 1.976. Que, a la vista de la temática sustantiva o de fondo que esta apelación plantea, la única cuestión, a enjuiciar y a resolverse por esta Sala, consiste en determinar si los Proyectos citados pueden y deben ser objeto de la pertinente compensación económica por parte de la Administración contratante, a la vista de la serie de circunstancias que en ellas incidieron, principalmente, las derivadas del impacto que en los mismos se dice produjo el aumento del precio del petróleo a partir de Noviembre de 1.973; compensación económica o revisión de precios que negó la Administración primero y la Sentencia apelada después.

Que, a la vista de lo razonado igual criterio se debe seguir con el Proyecto complementario del anterior, por un importe de 6.735.165 ptas., puesto que, las obras a que se refiere, aún sin refrendo administrativo, se hicieron simultáneamente a las del Proyecto anteriormente examinado, tal como dice el Arquitecto del Ministerio de Información y Turismo en su Informe de 3 de Noviembre de 1.975, toda vez que al no estar contratadas, se hicieron dentro de las facultades legales, en tanto en cuanto su importe no excedía del 20% del importe de las obras del susodicho primer Proyecto, haciéndose por mandato de dicho Arquitecto y, en consecuencia, por la Administración rigiendo para ellas los precios y condiciones que pautaron el primitivo Proyecto de Ampliación, por lo que deben aplicarse los razonamientos que para las obras amparadas por él se hizo anteriormente, sin que conste se abonasen en certificación existente antes de Noviembre de 1.973, no debiendo olvidarse que como dichas obras no se contrataron, el Consejo de Ministros se limitó a "convalidar" el gasto correspondiente a la cantidad mencionada, en cuanto que dichas obras se realizaron simultáneamente a las que amparaba el Proyecto adjudicado el 31 de Octubre de 1.972, debiendo regir para aquellas el mismo principio y efectos que para éstas, no solo por ser su complemento, sino porque se realizaron y ejecutaron simultáneamente, no pudiendo accederse a la revisión del importe de las obras del "Pabellón de Servicios, Nueva Central Térmica y Varios", del citado Parador, ya que las mismas se adjudicaron el 1 de Febrero de 1.974, es decir, cuando ese evento trascendental, extraordinario e imprevisible, la subida de los crudos del petróleo en Noviembre de 1.973, ya se había producido y tenía conocimiento de él la Empresa apelante, por lo que, a la vista del mismo debió exigir la revisión y pactarla, pues si ello no fuera así, sería tanto como ir contra los propios actos de ella, que sabedora de ese trascendental suceso, lo ignora y acepta unos precios que sabe estaban desfasados y le iban a vincular, sin que quepa alegar el "enriquecimiento injusto", pues, aunque este principio cerraría o enmarcaría el triángulo corrector de ese agravamiento de las prestaciones del deudor por hechos sobrevenidos con posterioridad a la celebración del contrato y que aun siendo trascendentales, no pudieron proveerse, S.T.S., de 20 de Enero de 1.962, sin embargo, aquí juega prioritariamente el principio de los actos propios, ya que sabedor el apelante del evento generador de la revisión, lo acepta y no hace salvedad alguna, por lo que a precios de este Proyecto se refiere, aceptando todas y cada una de las condiciones del Pliego que reguló el Proyecto de Ampliación del Parador que nos ocupa, criterio aplicable al Proyecto complementario de aquel Proyecto, puesto que las obras en cuestión se realizaron simultáneamente a las autorizadas en el que regulaba el Pabellón de Servicios y demás del Parador de *litis*, Proyecto adjudicado, como se dijo, el 1 de Febrero de 1.974, posterior a Noviembre de 1.973, sin que en él se hiciera alusión alguna a esa revisión como consecuencia de la incidencia en los precios de aquel suceso, Proyecto complementario y por un importe de 3.386.650 Ptas. Estima parcialmente en tanto en cuanto no reconocieron a la citada Empresa la compensación económica o revisión de precios del Proyecto mencionado anteriormente y de su complementario, por sendos importes de pesetas 34.781 759.- y 6.735.165, respectivamente, si bien de la primera cantidad deberán excluirse dos certificaciones de obra por unos importes de 1.850.860 y 2.295.785 ptas., correspondientes a obras contratadas, ejecutadas y abonadas antes de Noviembre de 1.973, confirmándolos en los demás extremos, al igual que el resto de los pronunciamientos de la Sentencia apelada y no afectantes a los citados Proyecto.

económico sobrevenido al contrato, independiente de ambas partes, y por ventura, la posibilidad de aprovecharse de un beneficio en las mismas condiciones, es decir, ha de tener presente la aleatoriedad de esta figura jurídica, que siendo una consecuencia inevitable de la inalterabilidad contractual no ha podido ser mitigado más que por las teorías de la cláusula *rebus sic stantibus* y la nacida con el nombre del "riesgo imprevisible", que procuran restablecer el equilibrio de las prestaciones, evitando su excesiva onerosidad para el deudor cuando, por hechos independientes del contrato, se alteran las circunstancias económicas en las que se concibió, no debiendo olvidarse que esa característica del riesgo y ventura tiene el mismo sentido en el campo administrativo, en cuanto que el contratista responde de la aportación de cuantos medios sean necesarios para cumplir el contrato, independientemente de las contingencias económicas posteriores a su estipulación, contemplándose también las consecuencias de hechos sobrevenidos al contrato, no provocados por las partes que, no impidiendo su total cumplimiento, convierten la prestación del contratista en excesivamente onerosa, no coligiéndose más quedos posturas para paliar o mitigar dichos eventos, o la llamada irrevocabilidad del precio, basadas en razones de justicia (la igualdad de las cargas públicas) y de oportunidad (la atracción de buenos contratistas), que impone que la agravación se reparta entre los dos contratantes, y la que proclama la inalterabilidad del contrato, sin más diferencias entre el ámbito civil y el administrativo que la de que en éste, el Estado impone a los contratistas mayores sacrificio que los existentes en la contratación entre particulares, de ahí que si en el derecho privado la teoría de la imprevisión se acepta con suma cautela, la continuidad del servicio público parece la hace inaceptable, por ello, si un evento se considera agravatorio, el mismo se puede corregir para restablecer el equilibrio de prestaciones, pero nunca para acordar la revisión del contrato, sino el auxilio al contratista, no debiendo olvidarse, por último, un hecho que incida trascendentalmente en esta cuestión, el de la agravación de las condiciones por un hecho independiente de las partes contratantes, sobrevenido del imperio de las fuerzas económicas sin ignorar el que la misma sea impuesta unilateralmente por la Administración contratante y por motivos de interés general en virtud del *ius novandi* o *factum principis* que se puede conseguir por la técnica de la revisión de precios, siendo de tener en cuenta el marco histórico en que se desarrolló la figura correctora que nos ocupa, pues, así como en un principio las variaciones económicas no eran frecuentes por lo que se dictaban resoluciones para la rescisión del contrato a causa de subidas de precios por jornales y materiales Real Orden de 24 de Enero de 1.862, el Pliego de Condiciones de 1.903 estableció la inalterabilidad de lo pactado, prohibiendo al contratista pedir aumentos de precios, llegándose así hasta la guerra Europea de 1.914, en donde se contempla el problema por los Reales Decretos de 31 de Marzo de 1.917, 27 de Julio y 28 de Agosto de 1.918, con arreglo a los cuales se permitía la revisión de precios o la rescisión del contrato, para desembocar, por último, en la llamada revisión de precios, figura más compleja y que tenía otro fundamento o base, porque se dicta cuando el Estado intervenía en la economía, pues, en esta situación los precios no devienen del libre juego de la oferta y la demanda, sino que son establecidos por el Estado, por lo que no puede haber aumento de los mismos sin que el mismo lo establezca, de ahí que el fundamento de esta figura jurídica no sea la imprevisión, sino, la legislación intervencionista, el *factum principis*, dictándose al efecto la Ley de 17 de Abril de 1.945, la Orden de 3 de Octubre de 1.945 y el R.C.C.L., de 9 de Enero de 1.953, en cuyos articulados se regulaba el campo y los efectos de la citada revisión de precios.

Que, a la vista de esta legislación, el fundamento de la revisión en 1.945, se basaba en los perjuicios causados al contratista por disposiciones administrativas desconocidas en el instante de celebrarse el contrato, por un lado y, por otro, en la pérdida de la posibilidad del cumplimiento de ciertos contratos a causa de circunstancias sobrevenidas, por lo que sería de equidad rescindirlos, pero sin la pérdida de fianza del contrato, de ahí que esta doble circunstancia o realidad haya sido aceptada por este Tribunal para legitimar la revisión en cuestión, acudiendo para ello a la figura de la cláusula *rebus sic stantibus* o al "riesgo imprevisible", Sentencias de 5 de Mayo y 4 de Julio de 1951, tendiendo ambas figuras a una misma finalidad, al restablecimiento del equilibrio financiero del contratista, Sentencia de este Tribunal de 29 de Mayo de 1.951, y a una interpretación restrictiva de una legislación que es opuesta al principio general del riesgo y ventura del Pliego General, y que, por tanto, no puede admitirse por razón de equidad, bien entendido que la cláusula *rebus sic stantibus* no se ha admitido siempre como algo general e incuestionable aunque su acogimiento por este Tribunal, está hoy fuera de toda exégesis o duda, si bien por ello se hubiera seguido un camino muy limitado y restrictivo al principio, si tenemos en cuenta que en el inicio de su acogimiento se proclamaba que debiera ser acogido "con precaución muy cautelosa", Sentencias de 13 de Junio de 1.944 y 5 de Junio de 1.945, no teniendo "carácter general" Sentencia de 17 de Mayo de 1.941, pronunciamientos que se amplían sucesivamente, otorgándole una mayor amplitud a estas cláusulas Sentencia de este Tribunal de 15 de Noviembre de 1.953, 20 de Mayo de 1.964, 19 de Abril de 1.967, 15 y 20 de Marzo de 1.972, 29 de Marzo de 1.973, 20 de Octubre de 1.974 y 15 de Octubre 1.976, entre otras, en cuanto que dicha cláusula puede legitimar una revisión siempre que existan unas alteraciones económicas extraordinarias y anormales imprevistas y profundas que afecten gravemente a la economía del contratista, criterio expansivo y acogedor que viene a ser corolario y final de la confrontación de dos fuerzas dispares, la justicia y la seguridad jurídica, en cuanto que si aquella exige el equilibrio de las prestaciones, y cuando estas no coinciden y se invoca la intangibilidad de lo convenido, se dice *sumum ius, summa injuria*, hasta reclama la estabilidad de las condiciones en virtud del principio *pacta sunt servanda* por lo que cuando ambas vertientes del derecho se enfrentan en ocasiones, cada una de ellas requiere su solución, a veces contrarias, por lo que si en derecho privado se concedió más valor en principio a la seguridad jurídica en el derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia, pues, no en vano, las relaciones administrativas y administrado se ven influenciadas y teñidas por la "equidad y la buena fe", que exigen mitigar esa excesiva onerosidad de las prestaciones del administrado cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios e inéditos así lo exigen y que solo pueden corregirse por el imperio de la equidad, de la buena fe y, en especial, por la justicia, doctrina que puede ser predicable del otro remedio corrector de la agravación de la prestación o prestaciones del deudor por acuerdos sobrevenidos a la celebración del contrato, independientes del mismo y, al mismo tiempo, imprevisibles, es decir, del "riesgo imprevisible" o de la teoría de la "imprevisión", pues ambos remedios no vienen a ser más que dos caras de una misma cosa, viniendo a ser dos concepciones dogmáticas que operan en una misma línea, y en muchos casos sobre supuestos análogos, pero cuyos fundamentos, límites y zonas de actuación en el campo del derecho no siempre, coinciden, exigiéndose para su viabilidad las imprevisibilidades del hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad, ya que si estaba previsto o era previsible, se entiende que el deudor contrató el riesgo, debiendo existir la posibilidad del cumplimiento del contrato en

cuestión, aunque se agrava mucho la prestación del deudor, no bastando el simple quebranto en los beneficios del deudor es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso para el deudor o, incluso ruinoso por causas extrañas y exteriores al propio contrato, lo que, en terminología francesa se llamó *bouleversement*, debiendo, por último, cumplirse el contrato a pesar de la onerosidad de la prestación o dificultades de su ejecución”.

Por tanto, la existencia de modificados y obras complementarias va a plantear la necesidad de saber si en estos caso se aplica la revisión de precios y de qué forma. Así, poco tiempo después de dictarse la Sentencia que acabamos de citar en un pronunciamiento de 1982⁵⁸⁶ se demuestra que hay que distinguir entre un proyecto de reforma de un proyecto adicional. En la Sentencia apelada se dice que en el caso de «reforma del proyecto», la cláusula 60 del pliego de cláusulas administrativas generales dispone que «los nuevos precios, una vez aprobados por la Administración, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto que sirvió de base para el contrato», lo que equivale a decir, que si en el contrato que se modifica (novación modificativa) se había establecido cláusula de revisión de precios, el ajuste de precios que dicha cláusula comporta alcanzará también a los de las unidades de obra del nuevo «proyecto de reforma»; en cambio, en la hipótesis del proyecto adicional no se opera una simple novación modificativa del contrato, sino que se celebra un nuevo y distinto contrato, cuyo contenido y condiciones serán los que en el mismo se establezcan, de modo que la revisión de precios (aunque sean los mismos del contrato principal) sólo operará si se ha incorporado la correspondiente cláusula, y ello es así incluso en el supuesto de que dicha cláusula se haya establecido en el contrato principal, pues, insistimos, por ser el «adicional» contrato independiente, sus efectos (Art. 126) son los que derivan de su propio y particular contenido⁵⁸⁷. El T.S., ratifica este planteamiento al afirmar: “Que no habiendo sido desvirtuados por las alegaciones de la parte apelante los hechos básicos en que se apoyan los fundamentos y normativa aplicada por el Tribunal *a quo* en los Considerandos de la Sentencia apelada para llegar a la confirmación de las resoluciones del M.º de Industria impugnadas, que denegaron a la Empresa Constructora recurrente «Edificios y Obras, S. A.» la revisión de precios del contrato de las obras de referencia de la Estación de Inspección Técnica de Vehículos de Madrid solicitada por dicha constructora, procede desestimar el presente recurso de

⁵⁸⁶ Ver S.T.S., de 3 de Febrero de 1982, Ar.538, Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roldán Martínez. El T. S., confirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 2.ª), de 17 Noviembre 1979, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por «E. y O., S. A.» contra resoluciones del M.º de Obras Públicas y Urbanismo de 7 Diciembre 1977 y 11 Abril 1978, denegatorias de la revisión de precios solicitada por dicha sociedad.

⁵⁸⁷ Añade: “Que el P.C.A.P., del contrato de *litis*, el informe del Arquitecto Jefe de Supervisión de Proyectos y el escrito de reclamación de revisión de los precios presentados por la actora el 13 Septiembre 1977, todos estos documentos coinciden en calificar las obras del proyecto adjudicado a aquélla por concierto directo y al que se refiere la escritura pública de 16 Junio 1977, como «obras complementarias» del contrato principal otorgado mediante escritura pública de 19 Septiembre 1975; se trata, pues, de un «proyecto adicional» -no de una reforma del proyecto- adjudicado como contrato independiente al mismo contratista del principal por no exceder su presupuesto del 20 por 100 del primer contrato; siendo ello así, y como quiera, de un lado, que en el P.C.A.P., no hay cláusula de revisión de precios -circunstancia a la que se hace específica referencia en la estipulación 5.ª de la escritura pública de 16 Junio 1977- y, de otro, que el Pliego de Ejecución de las obras adicionales (P.C.A.P., ap. VI, 6.1.) es de dos meses”.

apelación, puesto que estando bien calificado como Proyecto adicional, la reforma del Edificio principal de esa Estación objeto del referido Proyecto cuya ejecución aceptó realizar por adjudicación directa el mismo contratista de la obra principal con estricta sujeción a las normas que regula la contratación de obras del Estado y al P.C.A.P., a regir por un presupuesto total de 15.436.450 ptas., fijado como precio de este contrato adicional y un plazo de duración de dos meses a partir de la fecha de la escritura para efectuar dichas obras, consignándose además expresamente, en la estipulación cuarta de la escritura notarial de formalización otorgada con fecha 16 Junio 1977, que el P.C.A.P., no contiene revisión de Precios, como efectivamente así consta del examen del citado Pliego al disponer en la núm. 6, 5 que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y éste, no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras, sino en caso de fuerza mayor; por lo que siendo evidente la naturaleza de contrato independiente que el Art. 153 otorga a estos Proyectos de obras accesorias o complementarias, no incluidas en el Proyecto de la obra principal, precisaba de una cláusula revisora por tratarse de un contrato nuevo y distinto o independiente a la establecida en el contrato de la obra principal por lo que al no estar establecida en el P.C.A.P., ni en la escritura notarial de 16 Junio 1977 de formalización del contrato, en la que por el contrario, en la estipulación cuarta expresamente se consigna que «El P.C.A.P., no contiene revisión de precios», unido todo esto a que de las actuaciones administrativas preparatorias a regir en la contratación de las obras complementarias, no aparece cumplido el requisito que el Art. 1.º ap. b), segundo párrafo, del Decreto del M.º de Hacienda de 11 Marzo 1971 (RCL 1971\598), que desarrolla el Decreto de 4 Febrero 1964 (RCL 1964\274) sobre Revisión de Precios en los Contratos del Estado, exige para que se puedan incluir cláusulas de revisión de precios en los Pliegos referentes a contratos de obras, cuyo plazo de ejecución no exceda de seis meses -(el plazo de ejecución de estas obras es el de dos meses)-, el previo informe de la J.C.C.A., informe que al faltar impide que se puedan estimar los argumentos de la parte apelante en pro de alcanzar a las obras o Proyectos adicionales cuyo importe no exceda del 20% del contrato principal la cláusula revisora de precios establecida en éste, pues, el precepto del Art. 1.º ap. b) segundo párrafo del citado D. de 11 Marzo 1971, no distingue que las obras accesorias excedan o no del 20% del precio del contrato principal sino que, el legislador exige con carácter general que todo contrato de obras, cuyo plazo de ejecución no exceda de seis meses, requerirá el previo informe de la J.C.C.A., por lo que en el presente caso, en que la contratación de las obras adicionales se sujetan a un nuevo contrato, independiente del que rigió la obra principal, y con un plazo de ejecución inferior a seis meses, no cabe jurídicamente interpretar, por aplicación analógica, lo establecido para los reformados en los Arts. 149 y 150 del R.G.C.E., pues, en materia de revisión de precios regida por una legislación especial, hace falta un texto legal que la ampare para que proceda aplicarla, no es admisible la analogía ni la compensación equitativa ni las reglas de equidad alegadas por la parte apelante, sin normas excepcionales que sólo puedan aplicarse cuando concurren todas y cada una de las circunstancias o condiciones previstas en las mismas, aparte de ser norma de elemental prudencia el proceder con toda cautela en la aplicación de los alegados arbitrios equitativos, pues la seguridad jurídica debe imponer su predominio para que se cumplan y lleven a cabo las estipulaciones libremente consentidas por la contrata, máxime cuando las convenciones bilaterales son de corta duración y el posible alza de los precios no responde a una causa posterior a la adjudicación que no pudiera ser tenida en cuenta al estipular el contrato adicional.

Ya en 1983, se plantea la duda de cómo puede influir el comportamiento culpable del contratista en el derecho a la revisión de precios. En un caso de 1989⁵⁸⁸ el T.S., aclara

⁵⁸⁸ Ver S.T.S., de 9 Abril 1983, 6034. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rodríguez Hermida. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia en 13 Febrero 1981, estimando el recurso interpuesto por la entidad Los Pinos, S. A., contra resolución del Ministerio de Industria de 26 Abril 1979, por la que se denegó la cláusula de revisión de precios como consecuencia de ejecución de obras de la inspección técnica de vehículos de Burgos, declara por el contrario el que asiste a la entidad recurrente a percibir la cantidad de 1.744.643 ptas. como consecuencia de la revisión. En la Sentencia apelada se explica que en cuanto al fondo del recurso que examinamos, se trata en definitiva de determinar si procede la revisión de precios de las obras efectuadas por el recurrente para la construcción de la Estación de Inspección Técnica de Vehículos de la ciudad de Burgos que le fueron adjudicados mediante subasta, de forma definitiva con fecha 23 Noviembre 1976, en el precio de 16.990.000 ptas., y en cuyo Pliego de Condiciones en su demanda 1.6. se establece la posibilidad de Revisar el precio contratado conforme a lo dispuesto en el D. 4/2/1964, y en su estipulación 11.2 se fijaba para la ejecución de las obras el plazo de 8 meses a partir de la adjudicación definitiva, y dado que la resolución del Ministerio de Industria, Orden Ministerial 25/4/1977, que es la que se impugna en el presente recurso, admite expresamente que se han cumplido por el contratista todos los requisitos necesarios y expresamente regulados en el D. 4/2/1964 para que proceda la revisión, excepto el del cumplimiento del plazo contractual para la realización de la obra, es evidente que la cuestión litigiosa queda reducida por voluntad de las partes a concretar si se ha producido o no el incumplimiento del plazo contractual alegado por la Administración como única causa para denegar la revisión de precios en cuantía de 1.744.643,45 ptas. Que aun cuando el expediente administrativo está incompleto a todas las luces, pues se trata de un conjunto de folios sueltos sin orden ni numeración, del que nada consta sobre la existencia de un Proyecto Adicional de Obra por importe de 2.916.852,86 ptas., ni sobre las peticiones de prórroga del plazo contractual formulados por el recurrente a la administración con fechas 30 Junio, 5 Octubre, 11 Noviembre y 22 Diciembre 1977, no puede dudarse de la veracidad de tales extremos, puesto que la parte recurrente aporta a los autos duplicados documentales del proyecto adicional y de las solicitudes de prórroga en las que se encuentra estampado el sello de registro de entrada de la oficina correspondiente, cuya autenticidad no ha sido puesto en duda a lo largo del procedimiento. Que al comenzarse las obras y proceder a la excavación y limpieza del solar, surgieron dificultades para la cimentación del edificio, que fueron incrementadas por el régimen de lluvias intensas ocurridas durante el primer trimestre del año 1977, que precisaron la realización de una serie de obras no previstas en el Proyecto Inicial y que dieron lugar a un Proyecto Adicional por Importe de 2.916.852,86 ptas., que fue aceptado y satisfecho por la Administración; Que con fecha 30 Junio 1977, el recurrente solicitó de la Administración prórroga del plazo contractual, que fue reiterado en 5 Octubre, 11 Noviembre y 22 Diciembre 1977; Que con fecha 10 Febrero 1978, el recurrente comunicó a la Administración tener terminada la obra y solicitada revisión de precios por importe de 1.744.643,45 ptas. Que el Acta de Recepción Provisional de la obra es de fecha 23 Mayo 1979, y en la misma se hace constar que los trabajos realizados se ajustan al proyecto. Se aclara que establecidas las anteriores bases de hecho, es preciso acudir a la legislación aplicable a la materia que se encuentra regulada en el Art. 6.º del D. Ley de 11 Marzo 1971, (R.C.L., 1971/598) sobre cláusulas de Revisión de Precios, que establece la suspensión de la cláusula de Revisión en los supuestos de incumplimiento de los plazos parciales, cuando éste fuere imputable al contratista, pero con la posibilidad de recuperar tal derecho en el supuesto de que el contratista restablezca el ritmo de ejecución de la obra, así como el Art. 140 del R.G.C.E. de 28 Diciembre 1967), que si el retraso fuera producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga, se concedería por la Administración un tiempo igual al perdido, acordándose en su párr. 2.º que la petición de prórroga debería tener lugar en el plazo máximo de un mes desde que se produjera la causa originaria del retraso conforme a las citadas disposiciones, no cabe duda que para que se produzca la suspensión de la cláusula de revisión, es preciso que el retraso sea debido por causa imputable al contratista, supuesto no acreditado en autos, antes por el contrario, existen elementos suficientes de juicio para estimar que el retraso fue debido por un lado a un anormal y extraordinario, régimen de lluvias durante el primer trimestre de 1977, totalmente imprevisible cuando se adjudicó la obra, y a una Novación de Contrato que se produjo al admitir la Administración el Presupuesto Adicional de 2.916.852,86 ptas., para realizar obras de excavación y cimentación imprevistas en el proyecto, de donde tenemos que llegar a la conclusión, que si el retraso se produjo no lo fue por causa imputable al contratista, en cuyo caso entra en juego el Art. 140 del R.G.C.E., al establecer, que si

que, aunque el expediente canalizador de la resolución recurrida no es lo exhaustivo y completo que debiera, faltando todo lo relativo al Proyecto Adicional de Obra con un montante de 2.916.852,86 ptas., sin embargo, de él y de todo lo actuado, se puede colegir la existencia de tal Proyecto y las prórrogas pedidas al respecto por la parte promovente del recurso, presentando ella documentación sellada al efecto y que la Sala tuvo y tiene que admitir resultando que al empezarse las obras surgieron dificultades para la cimentación del edificio a construir, que se incrementaron con el régimen de lluvias surgido inopinadamente durante el primer trimestre de 1977, que precisaron la realización de unas obras no previstas y por un importe de las citadas 2.916.852,86 ptas., que fue aceptado y satisfecho por la Administración motivando las mismas sendas prórrogas reiteradas el 5 de Octubre, el 11 Noviembre y el 22 Diciembre 1977, comunicándose la terminación de la obra el 10 Febrero 1978 y postulándose acto seguido, la pertinente revisión de precios, recibándose provisionalmente la obra el 23 Mayo 1979, recibimiento que se hizo a ciencia y presencia de la Administración, manifestándose que los trabajos realizados se ajustaron en su totalidad al Proyecto, de todo lo cual se infiere, que estando pactada la revisión de precios, y habiéndose aumentado el Proyecto precitado en casi tres millones de ptas., que la Administración autorizó y satisfizo, es perfectamente viable la revisión pretendida, no entrando en juego el Art. 6 del D. de 11 Marzo 1971, por cuanto, la demora en la confección de las obras de autos no fue debido a la voluntad del contratista, sino a las obras y Proyecto adicional que él hubo de realizar con la previa anuencia de la Administración, para lo cual solicitó las preceptivas y previas prórrogas que la Administración no debió denegar al socaire del instituto del silencio negativo, no pudiéndose olvidar ni preterir el que la Administración tiene facultades para convenir directamente con el contratista la ampliación del Proyecto primitivo, tal como aquí aconteció, por lo que hubo una novación objetiva del contrato originario que necesariamente tenía que conllevar una

el contratista pidiera prórroga antes de un mes, supuesto que se cumple en el caso de autos, puesto que la primera prórroga se pidió el día 30 Junio 1977 y por tanto antes de cumplirse el plazo de 8 meses estipulado, la Administración cancelaría la prórroga, es decir, tal precepto le impone la obligación de concedérsele y no una simple facultad, por lo que conforme a ello, la Administración tenía obligación de concedérsela o denegársela motivadamente, pero nunca hacer uso del silencio administrativo que equivale a una denegación inmotivada, así mismo es preciso tener en cuenta el Art. 144 del citado Reglamento, que prevé la posibilidad de que la Administración acuerde modificaciones del Proyecto para cuyo caso establece que sería reajustado el plazo de ejecución de la obra y el Art. 153 del mismo que establece que las obras accesorias o complementarias no incluidas en Proyecto podrán ser objeto de contrato independiente, siempre que no excedan del 20% del precio contratado, directamente con el contratista de acuerdo con los precios del contrato principal. Es decir, la Administración tiene facultades para convenir directamente con el contratista la ampliación del Proyecto y al hacerlo se produjo una novación objetiva del contrato, que necesariamente tenía que producir una ampliación del plazo contractual, con lo que llegamos a la conclusión de que el retraso en la ejecución de la obra fue por causa no imputable al contratista. Además tal conclusión queda suficientemente reforzada, con el informe obrante en el expediente administrativo de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas cuya oficina de Inspección reconoce, que las prórrogas fueron informadas favorablemente, que se realizaron obras complementarias, que se han cumplido los plazos parciales, y que el desfase se produjo por causa ajena a la empresa, así como del Acta de Recepción provisional de las obras, que dice expresamente que los trabajos realizados se ajustan al proyecto y que incluso se han realizado obras fuera del proyecto original. Si a ello unimos que el propio Abogado del Estado del Ministerio de Industria informa que el expediente no está completo y que le faltan datos para conocer si el contrato inicial fue prorrogado, tenemos que llegar necesariamente a la conclusión anterior de que al existir modificación del objeto del contrato, se produjo una modificación siquiera tácita, del plazo contractual y en consecuencia el retraso no es imputable al contratista y procede por ende la estimación del recurso.

ampliación del plazo contractual, con lo que se colige que el retraso habido no fue por causa del contratista, máxime, si, como se reconoce en el Acta de recepción de la obra, estas se ajustaron en un todo a los Proyectos autorizados en su día por la Administración.

Sobre la forma de aplicar la revisión de precios en relación con la existencia de un modificado se puede empezar citando un asunto de 1987⁵⁸⁹. La cuestión que en el presente litigio se plantea es la referente a la legalidad de la utilización por el Cabildo Insular de la posibilidad prevista en el Art. 369 de la Ley de Régimen Local, en su inciso final -rectificación de errores materiales o de hecho-, o por el contrario no ser tal vía, como sostiene el recurrente, utilizable válidamente en el supuesto de autos. El Cabildo entiende que al haberse cometido un error material o de hecho, -no advertido por la Corporación al aprobar las revisiones de precios-, consistente en aplicar, para todas las unidades de obras, en la fórmula polinómica, los índices del mes de Septiembre de 1977, (fecha de la licitación) cuando -según el demandado- a las obras del Proyecto Reformado, aprobado en 1981, deben aplicarse los índices de esta fecha.

Explica el Supremo que por errores de hecho se ha de entender, con arreglo a una antigua -pero permanente y actual- doctrina jurisprudencia, "aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación -SS. de 15 y 22 de Febrero de 1916 y 21 de Diciembre de 1923- estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse -SS. de 19 de Mayo de 1958, 14 de Mayo y 17 de Diciembre de 1965- sin que sea lícito aplicar la técnica del error de hecho a cuestiones que realmente, de ofrecer algún posible error, sería de derecho, incluso aunque estos hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos..." (Sentencias de 25 de Enero, 2 y 20 de Julio y 28 de Septiembre, todas ellas de 1984). Que la misma línea jurisprudencial señala (S. de 29 de Noviembre de 1983) "que el error material o aritmético... permite a la Administración su rectificación en cualquier tiempo y sin atenerse a los rígidos procedimientos de revisión de oficio de los Arts. 109 y 110 de la L.P.A, es aquel que, corregido, no cambia el contenido del acto administrativo en que se produjo, de manera que éste subsiste con los mismos efectos y alcance una vez subsanado el error" ... pues (S. de 16 de Noviembre de 1984) "aunque es cierto que el Art. 11 de la L.P.A. y el inciso final del Art. 369 citado (de la L.R.L.) atribuyan a la Administración potestad para rectificar errores materiales o de hecho y las aritméticos, evidentemente el ejercicio de esa potestad no entraña una revocación del acto administrativo en términos jurídicos- pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio del acto rectificado, sin que pueda la administración so pretexto de potestad rectificadora encubrir una auténtica revocación, porque ello entrañara un verdadero, *fraulegis* constitutivo de desviación de poder; de ahí que este Supremo Tribunal -S. de 8 de Julio de 1982, 17 de Octubre de 1983- se haya cuidado de advertir la necesidad de

⁵⁸⁹Ver S.T.S., de 2 de Marzo de 1987, Ar.3455, Ponente: D. SATURNINO GUTIÉRREZ DE JUANA. Huarte y Cía. S.A. mediante escritura pública de fecha 21 de Febrero de 1987, suscribió con el Cabildo Insular de Gran Canaria, un contrato de obras para la construcción de la Autovía de acceso a Telde.

establecer la diferenciación entre el error de derecho y el mero de hecho o material negando la existencia de éste siempre que su apreciación implique un juicio valorativo, exija una operación de calificación jurídica, o cuando bajo la apariencia de la rectificación se llegue realmente a una alteración fundamental del sentido del acto...º.

Que, asimismo, señala la jurisprudencia más actual, siguiendo la trayectoria de Sentencias anteriores de 8 de Abril de 1965, 13 de Febrero de 1976, etc. que "la facultad de la Administración atribuye el Art. 111 de la L.P.A., para rectificar, sin limitación temporal, los errores materiales o de hecho en que haya podido incurrir una decisión o resolución administrativa no cierra la posibilidad de la revisión de oficio por otras causas (Arts. 109 y 110 de la Ley) dado que aquí nos encontramos ante el ejercicio de una potestad de alcance limitado, en cuanto se trata, tan sólo de arbitrar una fórmula que evite que simples errores materiales y patentes pervivan y produzcan efectos desorbitados o necesiten para ser eliminadas de la costosa formalidad de los procedimientos de revisión (S. de 20 de Julio de 1984), "y por eso mismo debe ceñirse a los casos en que el propio acto revele una equivocación evidente por sí misma" (S. de 16 de Abril de 1984) ya que "el error... ha de ser claro y evidente sin manifestarse envuelto en una apreciación indudable de concepto" (S. de 14 de Noviembre de 1983).

Que es evidente que la tesis del Cabildo Insular, infringe lo dispuesto en el Art. 369 de la L.R.L., que recoge, con respecto a esta esfera de la Administración, el principio tradicional del Derecho Administrativo de la irrevocabilidad de los actos propios declaratorios de derechos subjetivos, ya que esa anulación sólo puede realizarse recurriendo a los sistemas revisorios previstos en nuestro Ordenamiento jurídico, sin que - de acuerdo con la jurisprudencia expuesta- pueda admitirse, como propone la Corporación Insular, que no encontramos ante un supuesto de rectificación de errores materiales o de hecho, cuando, precisamente, para llegar a la conclusión de que el error se produjo, el Cabildo demandado, ha de resolver una serie de problemas técnicos y jurídicos o de concepto, pues para determinar cuáles son los índices aplicables a la revisión de precios, es precisa una previa determinación jurídica, de la que es exponente el litigio seguido y las posiciones encontradas al respecto puestas de manifiesto en el mismo, pudiendo fácilmente concluirse que es preciso realizar "un juicio valorativo" para concretar cuáles sean los índices aplicables, lo cual "exige una apreciación de calificación jurídica" que abarca, asimismo, tanto a la existencia o no de nuevas y diversas unidades de obras, en el Proyecto Reformado, como al hecho de si éste se suscribió no sobre precios contradictorios, reflejo de lo cual es tanto el informe del Jefe de Obras y Servicios Accidental de la Corporación, -en sentido contrario al emitido en su día, antes de la aprobación de las revisiones-, como la prueba pericial practicada en autos para mejor proveer, habiendo, asimismo, existido, "una alteración fundamental del sentido del acto", de la que es fiel exponente la reducción, propuesta por el Cabildo, de 28 millones de ptas., a unas revisiones, ya aprobadas, de 44 millones de ptas. Que en consecuencia, para la estimación del recurso, ni siquiera se hace preciso el análisis del fondo del tema (pues es el mismo análisis el que imposibilita la conceptualización del error como de material o de hecho), mas, en aras de una comprensión completa del tema, baste poner de manifiesto lo señalado por el T. S., en la S. de 22 de Julio de 1983, la cual señala "que el derecho de revisión de precios de las empresa recurrente ... sobre las unidades de lo que se denomina Proyecto reformado será a partir de la fecha de aprobación de dicho Proyecto reformado por la Corporación (tesis de la

Administración), y no desde la fecha en que tuvo lugar la licitación del contrato inicial (tesis de la empresa recurrente) cual sería lo procedente, dado que el costo de las unidades determinantes del presupuesto de lo que se denomina Proyecto Reformado, parece fue señalado utilizando los mismos precios que se tuvieran en cuenta para fijar el presupuesto de las obras del proyecto inicial, toda vez que en las actuaciones -como en las presentes- no figura que aquellos precios del Proyecto reformado fuesen fijados de forma contradictoria, lo cual conduce a que basándose los precios del Proyecto Reformado en la aplicación de los costes señalados para los precios unitarios integrantes en el contrato inicial, la fecha de licitación de éste es la que es de tener en consideración a efectos de revisión de precios de presupuesto reformado".

Por tanto el Supremo rechaza el argumento del Cabildo, porque, existen actos propios de la Administración, irrevocables, en que explícitamente se reconoce a la demandante, el derecho al cobro de las cantidades que reclama actos anteriores al presunto denegándose, objeto del presente recurso y que por ser procedente, se anula en el repetido fallo.

Otro tema que se presenta también en la década de los ochenta es el juicio de la posible exigencia de revisión de precios por incumplimiento a consecuencia de un reformado⁵⁹⁰. La parte recurrente mantiene el criterio de una obra con un «reformado

⁵⁹⁰Ver S.T.S. de 27 de Diciembre de 1989, Ar.9480, Ponente: D. JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ. Contra Resolución de la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar, del Ministerio de Educación y Ciencia, de 3 de Junio de 1985, y contra la resolución desestimatoria por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la anterior, sobre revisión de precios por el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato de las obras de construcción de un Centro de Formación Profesional de 1.200 puestos escolares de Valladolid. Se interpuso recurso ante la Sección Quinta de la Audiencia Nacional que dictó Sentencia dictada el 16 de Febrero de 1987. Contra la anterior Sentencia, por la «Sociedad General de Obras y Construcciones, S.A.», se interpuso el presente recurso de apelación. La sociedad recurrente celebró un contrato de obras para la construcción de un Centro de Formación Profesional de puestos escolares de Valladolid que fue adjudicado definitivamente a la "Sociedad General de Obras y Construcciones, S.A." ("Obrascón, S.A."), por la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar, de 2 de Diciembre de 1976, en el precio de 68.094.000 pesetas. El plazo de ejecución fue fijado en veinticuatro meses, contados desde el día siguiente al de la comprobación del replanteo. El Pliego de Condiciones particulares fijó en la cláusula 4.a, el derecho a revisión de precios de acuerdo con la fórmula 19 del Decreto 3650/1970, de 19 de Diciembre. Al final de 1977, el volumen de obra ejecutada coincidía prácticamente con el importe de la anualidad prevista; la cantidad certificada a origen ascendía a 31.067.135 ptas. y la cantidad anual prevista ascendía a 31.460.344 ptas. Hasta el momento había, pues, un práctico del calendario previsto. La insuficiencia técnica del proyecto es observada por la Unidad Técnica, más el contratista, en tanto se procedía a la redacción del proyecto reformado, siguió ejecutando las obras con arreglo al proyecto original. Por eso, la Unidad Técnica, congruentemente, aunque con algún retraso, solicitó autorización el día 6 de Julio de 1978, "para redactar proyecto reformado adicional". A partir de esa fecha, siendo imprescindible la redacción de tal proyecto para continuar las obras iniciadas, resulta imposible realizar operación práctica alguna. Y como añade la propia Unidad Técnica: "De esta forma se continua con los trabajos hasta Junio de 1979, fecha en que se paraliza de nuevo la obra debido a no estar aprobado todavía el proyecto reformado, y haberse agotado el presupuesto destinado a la ejecución de la obra". El proyecto reformado fue aprobado. "Con la aprobación definitiva del proyecto reformado en Octubre de 1980, y con un plazo de ejecución de cuatro meses a partir de dicha fecha, se inició de nuevo la obra..."; todos estos supuestos son admitidos por la parte recurrente en su demanda. Que con el escrito de demanda se presenta un documento (anexo 1) por el Arquitecto de la Unidad Técnica, dirigido al señor Jefe de la Sección de Incidencias Contractuales, que resume lo expuesto por la sociedad recurrente en su escrito de demanda, donde se especifica que la fecha del inicio de la obra comienza el 6 de Enero de 1977 y el plazo de ejecución del proyecto primitivo es el de veinticuatro

adicional» como consecuencia de imprevisiones técnicas que fueron detectadas por la entidad adjudicataria, como esenciales y básicas y que afectaban al proyecto original de construcción de un Centro de enseñanza -Formación Profesional de 1.200 puestos escolares en Valladolid- por un importe de 68.094.000 ptas., cuya ejecución, según contrato suscrito por las partes, debía estar terminado a los veinticuatro meses, computado el día inicial desde el siguiente al acta de replanteo, que tuvo lugar el 5 de Enero de 1977; se iniciaron las obras a buen ritmo hasta el punto que las previsiones de realización e inversión llegaron a tener realidad en cuanto a los tiempos previstos en los años 1977 y 1978, con certificaciones percibidas por importe de 31.067.135 ptas., iniciándose el descenso del ritmo de ejecución y paralización a partir de Julio de 1978, situación irregular que no se normaliza de forma definitiva y clara, si bien, se fue ejecutando lentamente la obra, y se acelera de modo progresivo e intensifica su ejecución con la aprobación del «reformado» que tuvo lugar en 2 de Octubre de 1980, con la forma del contrato y con la especificación del plazo de ejecución de cuatro meses, y aun cuando la conclusión normal de las mismas se producía transcurrido dicho plazo, lo cierto es que firmaron en 30 de Noviembre de 1980.

Explica el Supremo que de la valoración de lo expuesto y de lo consignado en la Sentencia apelada, se pone de manifiesto la existencia de una «reforma» en el proyecto primitivo que hubo de ser objeto de contratación como situación singular, que motivó una dilación en la ejecución de la obra, con una paralización de la misma hasta la aprobación del «proyecto reformado» que por su trascendencia -Resolución adoptada en 15 de Enero de 1980- fue aprobada con un presupuesto de 15.844.763 ptas., y adjudicado bajo la calificación de «Reformado Adicional de un Centro de FP. con 1.200 pe en Valladolid, barrio Canterac, a la empresa «Obrascón, SA.», por un importe de

meses, o sea, que éste tenía que finalizar el 6 de Enero de 1979, se refiere igualmente a prórrogas concedidas y suspensiones temporales y así entre otros particulares se dice en el citado informe: "De esta forma se continúa con los trabajos hasta Junio de 1979, fecha en que se paraliza de nuevo la obra debido a no estar aprobado todavía el proyecto reformado, y haberse agotado el presupuesto destinado a la ejecución de la obra, con la aprobación definitiva del proyecto reformado, en Octubre de 1980, y con un plazo de ejecución de cuatro meses a partir de dicha fecha se inició de nuevo la obra, terminándose la misma en Noviembre de 1980. Destacar las suspensiones temporales de la obra que se tuvieron que hacer, debido a las dificultades surgidas por la tramitación y ejecución del proyecto reformado, según los datos que anteceden, la fecha de terminación de la obra es de 5 de Febrero de 1981, por lo cual al haber finalizado la contrata en Noviembre de 1980 se ha cumplido el plazo de ejecución de la obra. Del contrato de fecha 2 de Octubre de 1980, celebrado entre la sociedad recurrente y la Junta de Construcciones, se puede deducir que es un nuevo contrato, no una ampliación del celebrado entre la Administración y la accionante, cuya fecha de iniciación fue la de 6 de Enero de 1977, y su terminación el 6 de Enero de 1979, como se indicó con antelación, y la misma representación actora reconoce que las obras no pudieron terminarse en el plazo previsto, motivado a la insuficiencia técnica del proyecto, cuestión ésta que no puede responsabilizar a la Administración, y sí a la sociedad recurrente, porque al contratar, lo lógico es que se examine y estudie el citado proyecto y se presume que quien lo acepte se responsabiliza de su cumplimiento, no es de recibo afirmar ya iniciadas las obras que no se puede cumplir lo pactado, solicitando de la entidad contratada una ampliación del mismo, y si el contrato no se ha cumplido ha sido por culpa de la sociedad accionante, y el contrato de 3 de Octubre de 1980, no es un contrato de ampliación, pues el primitivo ya había finalizado en 6 de Enero de 1979, sino un nuevo contrato, y bien específicamente lo expresan sus cláusulas, por todo ello no se ha cumplido por el contratista lo dispuesto en el Art. 6.º del Decreto-ley de 4 de Febrero de 1964, (N. Dice. 7359) en relación con los Arts. 132 y 137 del R.G.C.E., (N. Dice. 7370), y Art. 6.º del Decreto de 11 de Marzo de 1971, sobre inclusión de cláusulas de revisión de precios (N. Dice. 7388), también en relación con la Ley de 17 de Marzo de 1973 (N. Dice. 7394), por todo ello procede desestimar el recurso.

13.487.518 ptas., documento aportado por la parte actora - anexo 1, juntamente con el anexo 6-, con lo que éste representa de acoplamiento de los plazos y reajuste de los mismos, estableciéndose en cuarenta y siete meses el total del tiempo e importe del reformado adicional ascendente a 81.581.518 ptas., con la manifestación externa y valoración que de dichos hechos se deducen, sin que el contratista haya hecho uso de las facultades que la L.C.E. y su Reglamento le autorizan tanto en orden a una modificación que provoca una paralización provisional de sus obras, como cuando se produce una alteración de su contenido económico, sino que acepta el nuevo contrato que fue valorado en el presupuesto administrativo en cantidad superior al 20% del importe del contrato de ejecución de la obra principal, aceptándose el resultante del «proyecto reformado» con las condiciones en el mismo establecidas y la conclusión más trascendente en orden a la terminación de las obras, que como acertadamente se pone de manifiesto en la Sentencia apelada no se da el concurso del incumplimiento imputable como se pretende a la Administración para que se produzca la operatividad de la cláusula revisora de precios, de acuerdo con el Art. 12 de la L.C.E., que remite a la legislación especial representada por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de Febrero, en su Art. 6.º, y de modo singular el Decreto 461/1971, de 11 de Marzo, en su Art. 7.º, circunstancias que en el supuesto contemplado no tienen efectividad como consecuencia de la aceptación del reajuste de los plazos de ejecución, de acuerdo con los Arts. 49 y 50 de la L.C.E., (suspensión temporal y modificación en la obra) en relación con lo dispuesto en el 149 y siguientes del Reglamento, lo cual nos conduce a confirmar la Sentencia apelada en todos sus extremos.

En la década de los noventa⁵⁹¹ recuerda el Supremo en un caso que “solicita igualmente la recurrente "la cantidad que resulte de la pertinente revisión de precios", sin embargo es preciso tener en cuenta que la doctrina de la revisión de precios, como atenuación del principio de riesgo y ventura, exige la previsión contractual de su existencia, de forma que la revisión de precios no opera ex lege, sino sólo en virtud de cláusula específica al respecto, por lo que no habiéndose previsto dicha cláusula en el caso enjuiciado procede rechazar la pretensión de que sea abonada la suma que por dicho concepto se solicita”.

Más recientemente en un asunto de 2011. Por la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana se desestimó en fecha 30 de Enero de 2004, la solicitud que formuló la entidad "DEOGRACIAS CANDEL, S. A. y MIDASCON, S. L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS"⁵⁹², La recurrente interesa que le sea reconocido su derecho a la revisión de precios (Art. 103 L.C.A.P.), teniendo en cuenta, por un lado, la fecha de adjudicación del contrato inicial (28/11/2000) y el transcurso de un año desde la ejecución sin que la obra acabase, incluyendo en el cálculo del importe de la revisión de precios el período que va desde la Resolución aprobatoria del "contrato modificado" (firmado el 26/5/2003) hasta la efectiva terminación de la obra (13/6/2003). La pretensión no puede ser acogida pues la necesidad de ejecutar las obras

⁵⁹¹ Ver S.T.S., de 29 de Enero de 1993, Ar.426, Recurso núm. 5603/1990, Recurso núm. 5603/1990, Ponente: Excmo. Sr. D. José María Reyes Monterreal.

⁵⁹² Ver S.T.S., de 15 de Diciembre de 2011, Nº de Recurso: 4643/2008, Ponente: D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

inicialmente no previstas se aborda en el caso examinado mediante el ropaje jurídico de una modificación del contrato original.

El T.R.L.C.A.P., concibe la revisión de precios como una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato que implica una garantía frente a la inestabilidad económica, de suerte que en los contratos de larga duración y volumen importante la prestación dineraria a favor del contratista no se vea perjudicada como consecuencia de la inflación. Es la verificación de la realidad histórica de la inflación en la economía española, que se repite año tras año, haciéndose en cierto modo estructural, la que lleva al legislador a poner remedio a esta pérdida del poder adquisitivo, de forma que quienes contratan con la Administración Pública sufren a causa de ese incremento permanente de los precios y el legislador remedia la situación mediante el establecimiento de fórmulas de revisión de los precios del contrato, siempre y cuando éstos se prolonguen en el tiempo y tengan una determinada cuantía. La diferencia principal entre la revisión de precios que regulaba la normativa anterior y la que recoge la L.C.A.P., es que en el primero la revisión de precios se hace sólo cuando se pacte expresamente, en tanto que en la L.C.A.P., la revisión de precios es la regla, y la excepción es la exclusión de la revisión en los pliegos que rigen el contrato. - El precio cierto de un contrato administrativo de obra se fija y se acepta por las partes en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su perfeccionamiento, entre ellas, obviamente, las de la economía general. En nuestro caso estamos ante un contrato de obra, en el que quedó fijado inicialmente un precio. Con posterioridad, las partes estuvieron contestes en novar sustancialmente dicho contrato, pues la modificación de sus cláusulas afectó tanto a la extensión de la obra que debía ejecutarse como al precio a recibir por la contratista; ya que se estuvo de acuerdo en alterar el precio, es lógico pensar que el cálculo del mismo debía tener en consideración las nuevas circunstancias, que no son sólo las atinentes al mayor volumen o extensión de las obras a realizar, sino igualmente los costos de éstas en su conjunto, ponderados a la fecha de la novación, lo que incluye en su caso el incremento correspondiente a la inflación con respecto a ejercicios anteriores.

Así pues, si la contratista estuvo conforme en los nuevos términos del contrato aprobado por Resolución de 26/5/2003, hay que entender que aceptó el nuevo precio en atención a las circunstancias económicas existentes en tal fecha, no a las del documento inicial y es aquella fecha la que, en este caso, habría que tener en cuenta para aplicar o no la cláusula de revisión de precios, no cabiendo en definitiva, dada la fecha de terminación de la obra.

V.- CONTROLES DE EFICACIA Y EFICIENCIA.

1. Introducción.

Otro de los más llamativos aspectos que penden sobre el tema que nos ocupa, son probablemente los bajos controles de eficacia, eficiencia, economía e integridad, anidadas en nuestras Administraciones⁵⁹³.

Resulta primordial la garantía de eficiencia de los fondos públicos y actuaciones profesionales, mediante una publicidad adecuada, transparencia e imparcialidad en los procedimientos de adjudicación⁵⁹⁴.

La evaluación de la eficacia de una gestión, no puede plantearse seriamente si no se dispone plenamente de una planificación asentada en unos programas en los que los objetivos aparezcan claramente establecidos y cuantificados en la medida de lo posible. Es decir, a través de la eficacia medimos la relación entre los recursos obtenidos y los objetivos esperados.

El control de la eficiencia supone el poder disponer de unas pautas o valores de referencia, frente a los cuales sea posible establecer comparaciones. O lo que es lo mismo, mide la relación entre los recursos empleados y los resultados obtenidos.

En la actualidad, nuestro sistema puede decirse, nos ofrece una mezcla de los ingredientes mencionados.

El principio o criterio general de eficacia se refleja jurídicamente en una amplia variedad de Textos Legales:

- Art. 103. Constitución Española.
- Art. 3.1. de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Art. 6.1 y 55 de la Ley de Bases del Régimen Local.
- Art. 3.2.a) de la Ley 6/1997, del 14 de Abril sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El Art. 103 de la Constitución establece que la Administración Pública sirve como objetividad a los intereses generales, y actúa de acuerdo con los principios de eficacia,

⁵⁹³ El problema del gasto en obra pública es grave. Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V: “Sociedades estatales de obras públicas”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; “Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007 y LEGUINA VILLA, J: “Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas”, UCM, 1978. También es interesante consultar PALOMAR OLMEDA, A: “El buen orden de las cuentas públicas”, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 836, 2012; El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control, Dykinson, 1994.

⁵⁹⁴ Contratos Públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación Cívitas, Madrid 2003. Los principios generales de la Contratación de las AA.PP. 30 Marzo, Albacete 2006.

jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

El Art.3 de la Ley 30/92 de de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, recoge que la Administración sirve con objetividad a los principios de de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la C.E, ley y derecho, el deber y respeto en su actuación a los principios de buena fe y participación.

El Art. 3 de la ley 6/1997, engloba los principios generales en dos grupos:

- a) De Organización.
- b) De Funcionamiento.

A tenor de lo anterior, podría argumentarse que la evaluación de la eficacia de una gestión, no puede plantearse seriamente si no se dispone previamente de una planificación asentada en unos programas en los que los objetivos aparezcan claramente establecidos y cuantificados en la medida de lo posible.

El control de la eficiencia supone el poder disponer de unas pautas o valores de referencia, frente a los cuales sea posible establecer comparaciones.

Merece la pena recordar las significativas palabras de GONZÁLEZ PÉREZ en Agosto de 1996 en relación a este problema:⁵⁹⁵“Cuando llueven sobre las Administraciones Públicas condenas de resarcimiento derivadas de las gravísimas negligencias o de la soberbia y prepotencia de sus más altos rectores, cuando se acumulan los agujeros dejados en los caudales públicos por administradores corruptos, es necesario potenciar al máximo los procedimientos para hacer efectivas las responsabilidades patrimoniales cualquiera que sea el rango de los culpables.... Sólo así el ciudadano medio volverá a tener confianza en la Justicia. Cuando viera que, ante la pasividad de los políticos para exigir responsabilidades a sus antecesores en la detentación del poder, existía en el Estado una institución que velaba de verdad por la legalidad, el derecho de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley...”⁵⁹⁶.

Siguiendo a Ramón Tamames, la misión de la eficiencia es estrictamente económica, mientras que la eficacia es organizativa o administrativa. Los controles que comentamos, considerados a priori como una autotutela de la Administración, deben encuadrarse como una actuación enérgica de la actuación pública a través de la calidad de los servicios prestados.

La definición que realiza la Constitución de eficacia y eficiencia nos obligar a reparar en las palabras de VILARDELL I RIERA⁵⁹⁷ para quien: “una institución actuará

⁵⁹⁵ GÓNZALEZ PÉREZ, J.: “La responsabilidad patrimonial de los servidores públicos” DIARIO ABC. Jueves 15 de Agosto de 1996. Pág.34.

⁵⁹⁶ PAREJO ALFONSO, L. “Eficacia y Administración. Tres Estudios”. INAP. Madrid 1995, pág. 117.

⁵⁹⁷ VILARDELL I RIERA, I: “La evaluación de la eficiencia de las Administraciones Públicas”.

eficientemente cuando obtenga el máximo “output”-servicio- de los recursos disponibles, o bien cuando minimice estos recursos dados un nivel de actividad o unos objetivos operativos determinados. Por otro lado, una entidad pública actúa eficazmente cuando consigue los objetivos propuestos. Una actuación eficiente no implica necesariamente eficacia en la consecución de objetivos. De forma inversa, se puede dar el caso de que una institución del sector público cumpla con los objetivos fijados- actuación eficaz- pero no minimice sus costes-actuación ineficiente-“.

Jurisprudencialmente, y siguiendo la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 178/1989 de 2 de Noviembre y 22/1984, sintetizadas por PAREJO ALFONSO⁵⁹⁸, el contenido constitucional del principio abarcaría los siguientes aspectos:

- El régimen jurídico de las Administraciones Públicas como poder público, para poder demandar su adecuación a las exigencias de la eficacia.
- La organización interna de cada Administración.
- Las relaciones inter organizativas o inter administrativas.

Siguiendo la citada doctrina constitucional, “... el reconocimiento por el Art. 103 de la C.E. del principio de eficacia como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho significa una remisión al legislador ordinario respecto de aquellas normas en que se concrete la consagración de la eficacia (Fundamento Jurídico Cuarto de la S.T.C., 22/1984).

La S.T.S.J.I.C., de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de Octubre de 1999, en al que al hilo del ejercicio de la potestad organizativa, realiza una precisa concepción del principio de eficacia y su ascendencia en las decisiones de carácter organizativo:

En primer lugar, debe aclararse que la decisión de que la Administración tiene necesariamente que valorar las repercusiones económicas del proyecto, de tal forma que los costes económicos que impliquen una u otra solución normativa serán uno de los factores relevantes a la hora de elegir la solución más oportuna. Se trata de una exigencia del principio general de eficacia, de acuerdo con el cual debe actuar la Administración (Art.103 C.E.) y al que está sometido en el ejercicio de la potestad reglamentaria. No se concibe que un acto o disposición de la Administración pueda ser respetuoso con dicho principio si no se tiene en cuenta la repercusión que pueda tener en el gasto público. En este sentido se expresa el Art. 30 de la ley 14/1990, de 26 de Julio sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, cuando dice que “la administración pública de la comunidad Autónoma adecua sus estructuras y ordena su funcionamiento a la consecución de la mejores prestaciones públicas, con la mayor economía de medios que permita el cumplimiento de los fines que tiene encomendados lo deja claro la seriedad con la que deben examinarse las repercusiones económicas de las decisiones que se adopten.

⁵⁹⁸ PAREJO ALFONSO, L. “Eficacia y Administración. Tres Estudios”. Op. Cit.

Por esta razón puede afirmarse que una memoria económica en la que la Administración explique las repercusiones presupuestarias del proyecto es fundamental a efectos de conocer si en la decisión adoptada ha tenido en cuenta el criterio de la mayoría económica de medios⁵⁹⁹. Una interpretación literal del Art. 2.2 d) del Decreto

⁵⁹⁹ El ejemplo del AVE resulta paradigmático. En la prensa se comenta lo siguiente sobre la eficiencia del AVE: “Visto desde la óptica centralista que ha marcado todo el desarrollo radial del AVE (“el AVE es un metro rápido para Madrid”, se suele decir en otras partes de España), el trayecto es comercialmente insostenible: en el mejor de los casos (a partir de Abril) serán nueve horas de viaje, media hora menos que el trayecto ahora mismo. Teniendo en cuenta que para llegar a las cuatro de la tarde a París hay que tomar en Madrid un tren a las seis de la mañana, pueden echar sus cuentas. La otra opción es salir a las 13.00 para llegar a la capital francesa sobre las 23.00. Un autor calificó las últimas inauguraciones de trenes y estaciones como “un viaje a ninguna parte, pero en alta velocidad”. Algo así puede ser este Madrid-París, entre otros, si se interpreta desde el punto de vista de rentabilidad económica o social. No hay ningún estudio fidedigno realizado por expertos que defienda con un mínimo de entusiasmo la inversión realizada por el Estado en el tren de alta velocidad. Más bien al contrario: los análisis en vigor inciden en un balance decepcionante y ruinoso. Este periódico solicitó a Fomento el nombre de algún experto economista que defienda en sus escritos las inversiones realizadas en el AVE, gestión que ha resultado infructuosa y no por falta de voluntad de Fomento. A falta de nombres propios, la propia página de Adif trata de argumentar así por qué el paso del AVE beneficia a las ciudades por las que pasa: “Sus beneficios se extienden a numerosas regiones españolas gracias a la interoperabilidad entre la red convencional y la red de alta velocidad mediante la tecnología de cambiadores de ancho, que permite a trenes de rodadura desplazable circular por ambas”. La reducción de accidentes de carretera es, también, uno de los factores del beneficio social del AVE, según este texto oficial de Fomento. La bibliografía negativa es ya contundente. Ejemplos comparativos los hay para todos los gustos. El Madrid-Sevilla (con 20 años de vigencia) suma un promedio de uso de 14.000 pasajeros por kilómetro, algo más que el Madrid-Barcelona (9.000), pero muy lejos del París-Lyon (59.000), el Colonia-Fráncfort (51.000) y no digamos el Tokio-Osaka (235.000). Simplemente para justificar sus costes operacionales, un recorrido debe tener una demanda de entre 6,5 y 8 millones de pasajeros al año y ninguno de los corredores españoles cumple con ese ratio. En el olvido parece haber quedado que no hace mucho tiempo se suspendieron líneas de alta velocidad ridículas (Toledo-Cuenca, por ejemplo) en las que el promedio de pasajeros diarios no alcanzaba la decena. Todavía siguen siendo objeto de culto estaciones como las de Guadalajara y Tardienta, en Huesca, donde hay días en los que nadie toma el tren. Tardienta bajó de los mil habitantes en 2012, pero tiene una estación del AVE. ¿Es este el modelo de prosperidad para vertebrar España? Estas y otras estaciones formaban parte del plan, que ningún Gobierno cuestionó, para que no hubiera ningún español lejos de una estación del AVE. Formaban parte de dos conceptos clave: vertebración y prosperidad. Todavía seguirán utilizando el verbo vertebrar a pesar de que, 20 años después, los estudios sobre el AVE Madrid-Sevilla demuestran que no hubo alteraciones sustanciales ni de población ni de viviendas ni de industrias en aquellas localidades que tuvieron el beneficio de una estación. Ciudad Real tuvo un incremento de población del 10,9% entre 1991 y 2001 cuando Albacete (también en Castilla-La Mancha) tuvo un crecimiento del 14,5% sin estación de AVE hasta esa fecha. Respecto al incremento de viviendas tampoco hubo repercusión: 32,9% en Ciudad Real por 30% en Albacete. Solo el turismo (en Córdoba y Sevilla) se vio afectado favorablemente “y solo los primeros años”, apunta el profesor Daniel Albalade, de la Universidad Autónoma de Barcelona, algunos de cuyos estudios sobre el AVE han sido más difundidos. Uno de sus trabajos lo realizó junto al profesor Germà Bel, un economista que fue diputado socialista en Cataluña y que es un experto en infraestructuras muy crítico con la obra pública en España. Su libro España capital París. Origen y apoteosis del Estado radial (Destino, 2010) es ya una obra de referencia donde pone de manifiesto los excesos en obras faraónicas y esa tendencia tan española a proyectar obras sin el más mínimo estudio de impacto económico. “No encontrará ningún economista que esté a favor de inversiones que se han realizado en alta velocidad”, señala Albalade. “Si acaso puede ser que algún ingeniero, aunque los beneficios tecnológicos se los han llevado franceses y alemanes. Un grado de conocimiento y de experiencia sobre la gestión sí que tenemos: como somos los que hemos explotado más kilómetros en el mundo hasta que nos han superado los chinos, pues experiencia tenemos. Eso es demasiada poca generación de riqueza para tanta inversión”. La apuesta hacia la alta velocidad ha

153/1985 pudiera llevarnos a pensar que la memoria económica sólo debe elaborarse en aquellos supuestos en los que deba informar preceptivamente la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público, es decir, cuando el proyecto de disposición de carácter general implique un aumento del gasto público. Pero esta interpretación soslaya el problema principal, pues lo que se pretende es que en todo caso la Administración exponga de forma razonada cuales son las repercusiones presupuestarlas del proyecto como una exigencia de motivación de la solución adoptada. De lo contrario no es posible controlar si la decisión adoptada se atiene a las exigencias del principio de eficacia.

Para la Sala toda decisión administrativa debe respetar el principio de eficacia que en su aspecto económico, determinará que se escoja la solución que menor gasto público implique, y en su aspecto organizativo, exigirá que se tenga en cuenta la solución que más convenga al buen funcionamiento de los respectivos departamentos.

Afirmación que se alinea perfectamente con otros pronunciamientos como los recogidos en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de Junio de 1990, S.T.S.J., de Asturias de 28 de Noviembre de 1997, o la S.T.S.J., de Castilla La Mancha de 3 de Febrero de 2000.

Resumiendo, todos estos principios, no son únicamente aplicables al procedimiento de adjudicación, sino que son igualmente extrapolables a la fase relativa a la ejecución de los trabajos denominados: “modificados de obra”, con el fin de preservar el principio de transparencia e igualdad de trato y evitar que, mediante dicha técnicas se pueda

tenido también otras víctimas en aras de la prosperidad, como las líneas convencionales y el transporte de mercancías, este último de gran repercusión económica y ecológica: solo el 3,8% de las mercancías se transportan en España por vía férrea, un porcentaje muy lejano del 22% alemán o del 18% de la media de la Unión Europea. Las vías de alta velocidad impiden el uso mixto y están diseñadas exclusivamente para el transporte de pasajeros, una decisión que otros países evitaron. Hacer vías de uso mixto permite velocidades de entre 180 y 250 k/h. (la denominada velocidad alta). “Con la opción de la alta velocidad se genera además un efecto regresivo, porque se terminan eliminando líneas regionales. Se ha terminado haciendo un medio de comunicación para un pasajero business, señala Albalade. O se gastan miles de millones de € para ganar un cuarto de hora en un viaje. El Estado habrá gastado más de 46.000 millones de € en infraestructuras de alta velocidad en los últimos veinte años, pero la factura final no ha sido calculada todavía. El coste de amortización de las obras públicas en España es creciente, de tal manera que, como si de una hipoteca se tratara, se paga poco los primeros años y bastante más según pasa el tiempo. Esa forma de pago en tiempos de burbuja económica explica algunos de los problemas de España con el déficit. Albalade utiliza una metáfora para describir los beneficios que ha tenido el AVE en España: “Ha sido como construir una infraestructura en el desierto”. El tramo Barcelona-Figueras, recién inaugurado, permite al viajero visualizar las obras inacabadas de estaciones que no se sabe cuándo se inaugurarán, como son las de El Prat y la propia de Girona. Ana Pastor, ministra de Fomento, anunció hace unos meses el final de las estaciones monumentales (un acompañamiento del AVE hasta la fecha) y la revisión de todos los presupuestos en marcha. Pastor acuñó un término novedoso, “el principio de las inversiones sostenibles y las soluciones realistas”, principio bajo el cual se ponen en revisión los 700 millones de € presupuestados para realizar 24 estaciones. Hay anunciado un plan de racionalización para 12 años que estará terminado hacia finales de este año. ¿Será ese el momento en el que un Gobierno de Rajoy se atreva a publicar qué ciudades se quedarán sin AVE?

“pervertir” el procedimiento y sus reglas, al estar aquéllos (modificados) directamente relacionados con la adjudicación del contrato y de la finalidad inicial en el contenido⁶⁰⁰.

Al respecto, opina el doctorando y más adelante, ampliaremos, que efectivamente, el control de la eficiencia ligado al control de la eficacia y al de economía, obliga a revisar los efectos de las actuaciones basándose en distintos análisis y posibles impactos, que suelen ser aplicados en distinta forma según el tipo de Administración actuante.

2. El excesivo peso de las desviaciones presupuestarias en el marco español (1986-¿?).

Lo económico protagoniza igualmente el actuar de la Administración como una de las exigencias básicas respecto a que todo el conjunto de obligaciones y derechos de índole dineraria que pueden reconocerse a la Hacienda Pública y que deben mencionarse en los Presupuestos del Estado.

El presupuesto es el instrumento por excelencia, dónde quedan recogidos los objetivos de las políticas públicas. Es decir, es la expresión de acuerdos alcanzados por los agentes participantes en la actividad pública. Pero al ser éste un documento complejo, lleva incorporado en muchas ocasiones luces y sombras de las disputas gubernamentales sostenidas por el protagonismo institucional que el proceso presupuestario asigna a cada uno de ellos y que nos lleva a presuponer que tal actuar, generalmente no puede hacer realidad la tarea presupuestaria.

El presupuesto es un instrumento para la acción de la Administración Pública, resultando para ella un mecanismo de programación y control de sus actividades, con la consiguiente asignación de competencias y responsabilidades de los administradores encargados de su ejecución.

Sin perjuicio de otras perspectivas de análisis, el presupuesto genera una determinada responsabilidad entre los funcionarios que tienen el cometido de ejecutar y controlar su correcta aplicación.

Es decir, los gastos en la ley presupuestaria no están simplemente “estimados” sino “fijados”, sin poder gastar más, aunque si menos, aun cuando en este último caso se generaría una grave responsabilidad del funcionario superior de un servicio que por economía de gastos con relación a los establecidos en el presupuesto, dejase de prestar el contenido esencial del servicio a su cargo⁶⁰¹

También, cabe referirse a las habituales “luces y sombras” procedentes de la opacidad de las Administraciones en cuanto a la información de datos; dificultades en su localización e interpretación del documento, que nos debería llevar a un adecuado control del gasto. Hemos estudiado, los Presupuestos generales del Estado 2010⁶⁰² y

⁶⁰⁰ La Ley de Contratos del Sector Público: ¿Una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismo de Control de la Corrupción en la Contratación Pública, REDA nº 147,2010, págs. 517-535

⁶⁰¹ RODOLFO CARLOS BARBA –Aspectos jurídicos del Presupuesto- Doctrina-Pág. 7,8 y 16

⁶⁰² Sección 17 Ministerio de Fomento- Programa 451N. Dirección y Sección Generales de Fomento.

observamos la asignación de 34.000.000 € (ver pág. 136 *bis*, cuadro siguiente.)
aportación patrimonial, en concepto de préstamo a largo plazo a la Autoridad Portuaria
de Gijón -coste adicional- del proyecto Modificado de Ampliación del Puerto Gijón.

| | | PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO ESTADO, O.O.AA., AGENCIAS, O.PÚBLICOS Y S.SOCIAL | |
|---|-----------|--|---|
|  | | Sección: 17 MINISTERIO DE FOMENTO Programa: 451N Dirección y Servicios Generales de Fomento | EJERCICIO PRESUPUESTARIO 2010 |
| | | (Miles de euros) | |
| Orgánica | Económica | Explicación | Total |
| 17.20 | | SECRETARÍA DE ESTADO DE PLANIFICACIÓN E INFRAESTRUCTURAS | |
| | 87 | Aportaciones patrimoniales | 1.600.000,00 |
| | 871 | Al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). | 1.600.000,00 |
| | | TOTAL ACTIVOS FINANCIEROS | 3.299.000,00 |
| | | TOTAL SECRETARÍA DE ESTADO DE PLANIFICACIÓN E INFRAESTRUCTURAS | 3.372.918,37 |
| 17.31 | | SECRETARÍA DE ESTADO DE TRANSPORTES | |
| | 2 | GASTOS CORRIENTES EN BIENES Y SERVICIOS | |
| | 22 | Material, suministros y otros | 102,18 |
| | 22601 | Atenciones protocolarias y representativas | 14,04 |
| | | TOTAL GASTOS CORRIENTES EN BIENES Y SERVICIOS | 102,18 |
| | 4 | TRANSFERENCIAS CORRIENTES | |
| | 47 | A empresas privadas | 6.800,00 |
| | 475 | Subvención al funcionamiento de las Autopistas del Mar entre España y Francia | 6.800,00 |
| | 48 | A familias e instituciones sin fines de lucro | 46,65 |
| | 489 | Al Centro de Estudios de Transportes del Mediterraneo Occidental | 46,65 |
| | | TOTAL TRANSFERENCIAS CORRIENTES | 6.846,65 |
| | 6 | INVERSIONES REALES | 2.100,00 |
| | 7 | TRANSFERENCIAS DE CAPITAL | |
| | 74 | A edades, ent.públ.emp, fundac. y resto entes Sect. Públ. | 1.025,00 |
| | 749 | A Promotoras de Planes de Movilidad Urbana | 1.025,00 |
| | 75 | A comunidades autónomas | 600,00 |
| | 759 | A Promotoras de Planes de Movilidad Urbana | 600,00 |
| | 76 | A entidades locales | 2.470,00 |
| | 769 | A Promotoras de Planes de Movilidad Urbana | 2.470,00 |
| | 77 | A empresas privadas | 1.205,00 |
| | 779 | Para Planes de Movilidad en Centros de Trabajo | 1.205,00 |
| | | TOTAL TRANSFERENCIAS DE CAPITAL | 5.300,00 |
| | 8 | ACTIVOS FINANCIEROS | |
| | 87 | Aportaciones patrimoniales | 34.000,00 |
| | 873 | A Puertos del Estado para financiar, mediante la concesión de un préstamo a largo plazo, a la Autoridad Portuaria de Gijón el coste adicional del Proyecto Modificado de Ampliación del Puerto de Gijón. | 34.000,00 |
| | | TOTAL ACTIVOS FINANCIEROS | 34.000,00 |
| | | TOTAL SECRETARÍA DE ESTADO DE TRANSPORTES | 48.348,83 |

100-20050001-1731

Se trata de una pequeña muestra de cómo los Presupuestos Generales, recogen por un lado y se ven afectados por otro, de importes imprevistos que afectan a su estabilidad. No se trata del lugar más adecuado (Presupuestos Generales), para un hecho que ni siquiera se debió de haber planteado. Seguiremos localizando ejemplos de este tipo. Algunos de dichos protagonistas pueden albergar ideas de promover los fondos públicos para fines no directamente relacionados con el interés colectivo, dado que el mismo, puede percibirse de forma diferente por cada uno de los participantes en el proceso presupuestario.

La base para la credibilidad presupuestaria, se encuentra pues, en su transparencia, siendo imprescindible que recoja todas las transacciones surgidas de la actividad económica financiera de las Administraciones Públicas, aunque sea como “préstamos a largo plazo” en el tema del Modificado del Puerto de Gijón.

La reforma llevada a cabo por el Texto Refundido R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, no pudo alcanzar los ambiciosos objetivos que planteaba su Exposición de Motivos.

Igualmente, la nueva Ley de Contratos del Sector Público mejoró los resultados de sus precedentes. Es lógico, que a cualquier ley hay que permitirle que se desarrolle, y que no se la pueda hacer crecer, como si se tratase de una planta o arbusto, dándole “tirones”, pretendiendo un ficticio desarrollo, pero se continúa sin encontrar soluciones, por ejemplo, para resolver el gran problema que nos ocupa sobre las ya habituales modificaciones de los contratos. Por ejemplo: Cabe la pregunta ¿del porqué surgen las “modificaciones”, si es debido a que cambian las necesidades intermedias o finales desde que se decide proyectar la obra hasta que ésta se ejecuta?.

Las sucesivas normativas reguladoras se han esforzado únicamente en fijar unos límites entre el 10 y 20 %, que podrían llegar al 20+10 %, como variación permisible o justificable del presupuesto, so pena de rescisión del contrato.

En la actualidad, en importes inferiores al 10%, existe una especie de pacto “tácito” entre Administración y contratista en el que se permite la ejecución directa por procedimiento negociado y sin publicidad, al contratista que ya se encuentra ejecutando la obra.

Seguimos estudiando con interés este fenómeno que son los “modificados”, tomando en esta ocasión como base, las Memorias del Consejo de Obras Públicas, (Ministerio de Fomento) de los años 2005 al 2010, ambos inclusive, actuando el C.O.P, cuando el expediente contiene una singular complejidad técnica.

| | Importe € solicitado | Importe € dictaminado |
|--|-------------------------|--------------------------|
| 1. EJECUCIÓN DE CONTRATOS | | |
| 1.1. Daños a particulares por ejecución de obras | 4.627.543,18 | 958.684,15 |
| 1.2. Daños catastróficos | 80.492.443,20 | 4.183.643,28 |
| 1.3. Revisión de precios | 3.708.501,59 | 1.156.207,79 |
| 1.4. Suspensiones temporales | 25.932.902,21 | 12.261.808,84 |
| 1.5. Modificación de obras | 16.971.798,14 | 3.905.048,02 |
| 1.6. Resolución de contratos | 0,00 | 0,00 |
| 1.7. Otros | 343.570,11 | 313.420,54 |
| SUMA | 132.076.758,43 | 22.778.812,62 |
| 2. FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS | | |
| 2.1 Daños en vehículos | 960.321,41 | 173.216,71 |
| 2.2. Lesiones corporales | 23.984.243,67 | 1.191.439,76 |
| 2.3. Lesiones corporales y daños en vehículos | 1.730.780,83 | 293.426,33 |
| 2.4. Daños en inmuebles | 323.468,54 | 19.007,20 |
| 2.5. Otros | 1.535.431,10 | 39.779,55 |
| SUMA | 28.534.245,55 | 1.716.869,55 |
| 3. GESTIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO | | |
| 3.1. Caducidad de concesiones y aprovechamiento de aguas continentales | 0,00 | 0,00 |
| 3.2. Caducidad de concesiones en dominio público portuario | 0,00 | 0,00 |
| 3.3. Caducidad de concesiones en dominio público marítimo terrestre | 20.667,00 | 0,00 |
| 3.4. Otros | 2.455.057,73 | 0,00 |
| SUMA | 2.475.725,33 | 0,00 |
| 4. OTROS | | |
| 4.1. Recursos ordinarios de alzada y extraordinarios de revisión | 0,00 | 0,00 |
| 4.2. Modificación de concesiones de autopista de peaje y otros | 2.461.289,01 | 0,00 |
| SUMA | 2.461.289,01 | 0,00 |
| TOTAL | 165.548.018,32 | 24.495.682,17 |

Por ello, resulta plausible imaginar que en el trienio 2005-2007, bajo el epígrafe “Suspensiones temporales”⁶⁰³, se encuentran inmersos, los “modificados de obra”, ya que estos probablemente llevan implícitos suspensiones temporales dimanantes de mejoras o correcciones al proyecto inicial.

⁶⁰³ Pág. 27 Memoria 2007 - Consejo de Obras Públicas Ministerio de Fomento

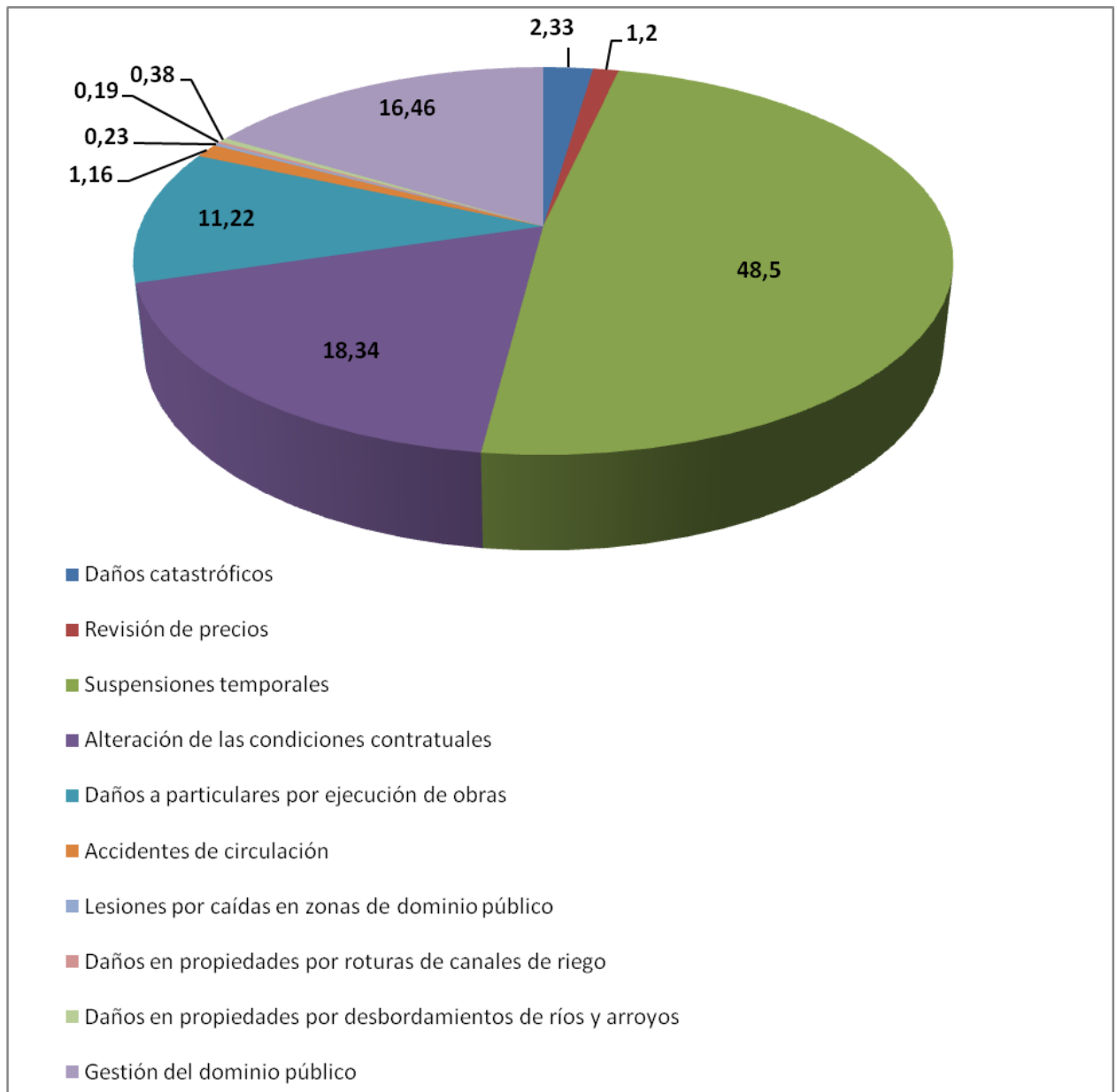
TESIS DOCTORAL: EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

| | Importe € solicitado | Importe € dictaminado | % conformidad |
|--|-------------------------|--------------------------|------------------|
| 1. EJECUCION DE CONTRATOS | | | |
| 1.1. Daños a particulares por ejecución de obras | 1.596.446,45 | 198.487,10 | 12,43% |
| 1.2. Daños catastróficos | 1.034.771,92 | 774.835,45 | 74,88% |
| 1.3. Revisión de precios | - | - | |
| 1.4. Suspensiones temporales | 40.295.054,70 | 13.951.468,36 | 34,62% |
| 1.5. Modificación de obras | - | - | |
| 1.6. Resolución de contratos | - | - | |
| 1.7. Otros (obra ejecutada no abonada y otros) | 42.484.854,55 | 37.282.407,80 | 87,75% |
| SUMA | 85.411.127,62 | 52.207.198,71 | 61,12% |
| 2. FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS | | | |
| 2.1 Daños en vehículos | 23.955,04 | 0 | 0% |
| 2.2. Lesiones corporales | 649.122,46 | 8.113,28 | 12,50% |
| 2.3. Lesiones corporales y daños en vehículos | 6.638,05 | 653,50 | 9,84% |
| 2.4. Daños en inmuebles | 316.184,48 | 55.838,00 | 17,66% |
| 2.5. Otros | - | - | |
| SUMA | 995.900,03 | 64.604,78 | 6,49% |
| 3. GESTIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO | | | |
| 3.1. Caducidad de concesiones y aprovechamiento de aguas continentales | - | - | |
| 3.2. Caducidad de concesiones en dominio público portuario | - | 347.296,16 | - |
| 3.3. Caducidad de concesiones en dominio público marítimo terrestre | - | - | |
| 3.4. Otros | 1.745.578,38 | 0 | 0% |
| SUMA | 1.745.578,38 | 347.296,16 | 19,90% |
| 4. OTROS | | | |
| 4.1. Recursos ordinarios de alzada y extraordinarios de revisión | - | - | |
| 4.2. Modificación de concesiones de autopista de peaje y otros | - | - | |
| 4.3 Revocación de resoluciones administrativas y otros | 1.069.930,91 | 69249,44 | 6,47% |
| SUMA | 1.069.930,91 | 69249,44 | 6,47% |
| TOTAL | 89.222.536,94 | 52.688.349,09 | 59,05% |

A partir de la Memoria 2008, al término: “Suspensiones temporales” se le añade: “alteración de las condiciones contractuales”, significando igualmente una paridad comprensiva del tema que tratamos.

La importancia relativa que, en términos económicos, representan las cantidades reclamadas según la tipología de las reclamaciones, se ha ilustrado en el gráfico siguiente, y en él puede advertirse que las reclamaciones de contratistas alcanzan más de un 70% del total solicitado, frente a algo menos del 30% de lo reclamado por particulares. También se aprecia que la partida más importante corresponde a las reclamaciones de contratista por suspensiones temporales de obras, que alcanza el 48,50 % del total de lo reclamado, lo cual pone de manifiesto la importancia de evitar la paralización de las obras contratadas, cuyas causas principales resultan ser, bien la no disponibilidad de los terrenos para el comiendo de las obras, o bien una dilatada tramitación de los proyectos modificados

PORCENTAJE DE LAS CUANTÍAS SOLICITADAS RESPECTO AL TOTAL DURANTE 2008



| | Importe € reclamado | % del total | Importe (€) dictaminado | % de Conformidad |
|--|----------------------|---------------|-------------------------|------------------|
| EJECUCION DE CONTRATOS | | | | |
| Daños a particulares por ejecución de obras | 8.843.858,52 | 11,22 | 401.389,57 | 4,54 |
| Daños catastróficos | 1.833.635,37 | 2,33 | 608.896,63 | 33,21 |
| Revisión de precios | 949.301,72 | 1,20 | 805.208,29 | 84,82 |
| Suspensiones temporales | 38.236.937,09 | 48,50 | 12.837.210,23 | 33,57 |
| Alteraciones de las condiciones contractuales | 14.462.689,80 | 18,34 | 8.528.905,96 | 58,97 |
| SUMA | 64.326.422,50 | 81,45 | 23.181.610,68 | 36,04 |
| FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS | | | | |
| Accidentes de circulación | 913.057,82 | 1,16 | 31.499,04 | 3,45 |
| Lesiones por caídas en zonas de dominio público | 181.430,45 | 0,23 | 0,00 | 0,00 |
| Daños en propiedades por roturas de canales de riego | 149.600,81 | 0,19 | 127.131,97 | 84,98 |
| Daños en propiedades por desbordamientos de ríos y arroyos | 295.986,13 | 0,38 | 264.395,02 | 89,33 |
| SUMA | 1.540.075,21 | 1,95 | 423.026,03 | 27,47 |
| SUMA | 12.973.366,74 | 16,43 | 0,00 | 0,00 |
| GESTIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO | | | | |
| TOTAL | 78.839.864,45 | 100,00 | 23.604.636,71 | 29,89 |

Se reconoce en dicha Memoria⁶⁰⁴, que las “Reclamaciones de contratistas alcanzan más de un 70%, siendo la partida más importante, siguiendo sus principales argumentos: 1) La no disponibilidad de los terrenos, 2) O bien una dilatada tramitación de los proyectos modificados, elementos muy propios de los proyectos modificados, elementos muy propuestos del tema en cuestión.

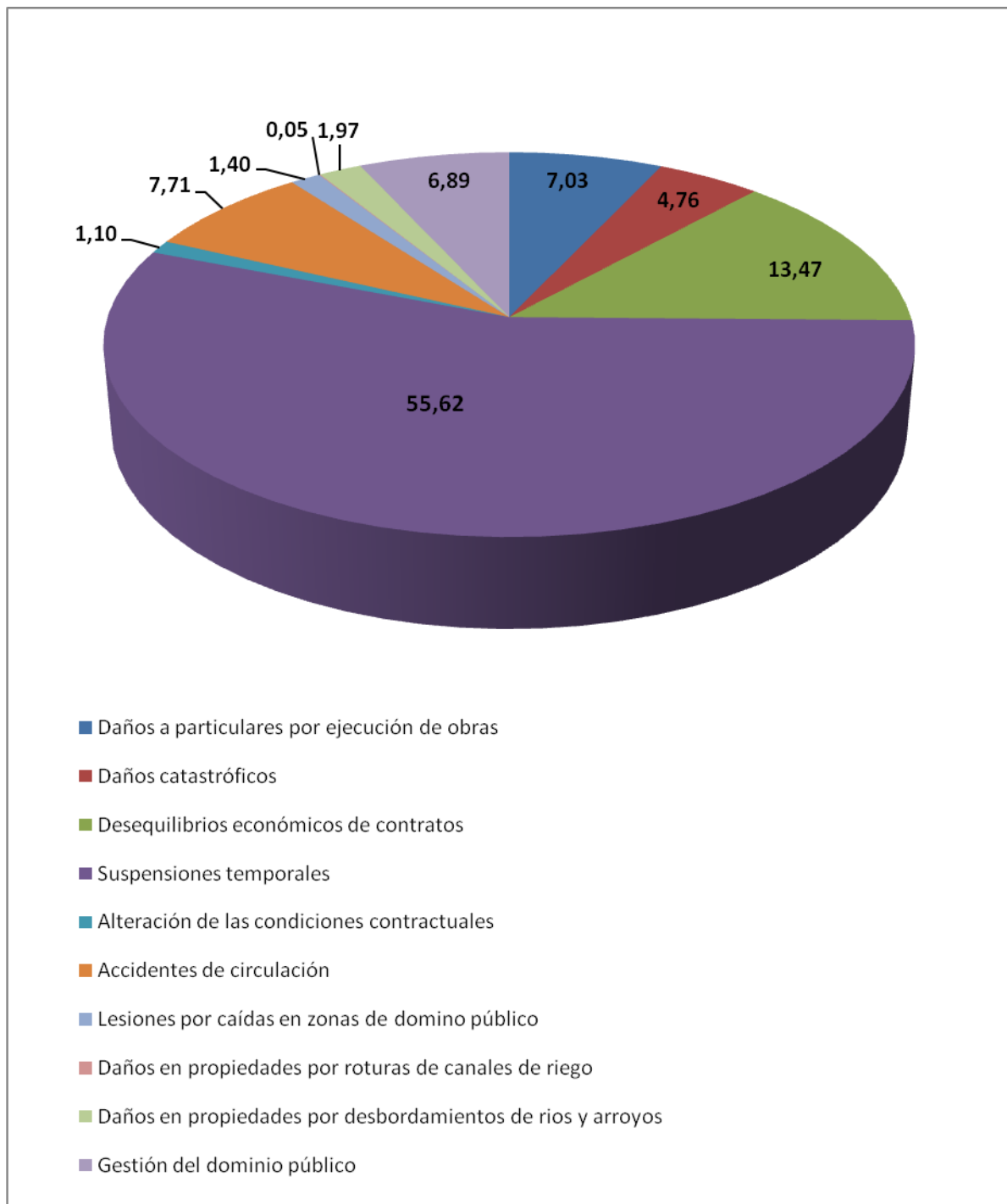
En la Memoria correspondiente a 2009, (pág. 15) sólo figura como único proyecto modificado, la cuantía de 43.1 M. €, reconociéndose además los siguientes años y cantidades

2005 **0 €**
 2006..... **50,13 Millones €**
 2007 **7,71 Millones €**
 2008..... **122,69 Millones €**

Aunque no figura en el cuadro anterior, por no permanecer a la categoría de las reclamaciones presentadas a instancia de parte, hay que destacar también, por su relevancia económica, la cuantía del adicional líquido (43,1 M. €) del único proyecto modificado enviado para informe a este Consejo en 2009, que se corresponde con los entrados en los años 2005 a 2008, que ascienden a 0; 50,13; 7,71 y 122,69 M.€, respectivamente.

⁶⁰⁴ Memoria 2008 – Consejo de Obras Públicas Ministerio de Fomento, Pág.15

PORCENTAJE DE LAS CUANTÍAS SOLICITADAS RESPECTO AL TOTAL DURANTE 2009



| | Importe (€) solicitado | Importe (€) dictaminado | % conformidad |
|---|---------------------------|----------------------------|------------------|
| 1. EJECUCION DE CONTRATOS | | | |
| 1.1.Daños a particulares por ejecución de obras | 17.500.821,63 | 226.545,85 | 1,29 |
| 1.2.Daños catastróficos | 594.308,41 | 417.748,42 | 70,29 |
| 1.3.Revisión de precios | 2.858.792,05 | 1.934.036,14 | 67,65 |
| 1.4.Suspensiones temporales | 6.657.592,10 | 2.564.934,41 | 38,53 |
| 1.5.Modificación de obras | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 1.6.Resolución de contratos | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 1.7.Otros | 216.599,00 | 205.804,42 | 95,02 |
| SUMA | 27.828.113,19 | 5.349.069,24 | 19,22 |
| 2. FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS | | | |
| 2.1 Daños en vehículos | 522.837,05 | 78838 | 15,08 |
| 2.2.Lesiones corporales | 4.621.263,57 | 267.480,38 | 5,79 |
| 2.3.Lesiones corporales y daños en vehículos | 3.077.081,56 | 137.596,04 | 4,47 |
| 2.4.Daños en inmuebles | 352.908,64 | 150.421,60 | 42,62 |
| 2.5.Otros | 646.942,03 | 1.357,56 | 0,21 |
| SUMA | 9.221.032,85 | 635.693,77 | 6,89 |
| 3. GESTIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO | | | |
| 3.1.Caducidad de concesiones y aprovechamiento de aguas continentales | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3.2.Caducidad de concesiones en dominio público portuario. | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3.3.Caducidad de concesiones en dominio público marítimo terrestre | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3.4.Otros | 631.062,71 | A determinar | 0,00 |
| SUMA | 631.062,71 | 0,00 | 0,00 |
| 4. OTROS | | | |
| 4.1.Recursos ordinarios de alzada y extraordinarios de revisión | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 4.2.Modificación de concesiones de autopistas de peaje y otros | 2.449.138,36 | 0,00 | 0,00 |
| SUMA | 2.449.138,36 | 0,00 | 0,00 |
| TOTAL | 40.129.347,11 | 5.984.763,01 | 14,91 |

| | Importe solicitado (€) | Importe dictaminado (€) | % conformidad |
|--|---------------------------|----------------------------|------------------|
| 1. Ejecución de contratos | | | |
| 1.1. Daños a particulares por ejecución de obras | 17.500.821,63 | 226.545,85 | 1,29 |
| 1.2. Daños catastróficos | 594.808,41 | 417.748,42 | 70,29 |
| 1.3. Revisión de precios | 2.858.792,05 | 1.934.036,14 | 67,65 |
| 1.4. Suspensiones temporales | 6.657.592,10 | 2.564.934,41 | 38,53 |
| 1.5. Modificación de obras | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 1.6. Resolución de contratos | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 1.7. Otros | 216.599,00 | 205.804,42 | 95,02 |
| Suma | 27.828.113,19 | 5.349.069,24 | 19,22 |
| 2. Funcionamiento de los servicios públicos | | | |
| 2.1. Daños en vehículos | 522.837,05 | 78.838,19 | 15,08 |
| 2.2. Lesiones corporales | 4.621.263,57 | 267.480,38 | 5,79 |
| 2.3. Lesiones corporales y daños en vehículos | 3.077.081,56 | 137.596,04 | 4,47 |
| 2.4. Daños en inmuebles | 352.908,64 | 150.421,60 | 42,62 |
| 2.5. Otros | 646.942,03 | 1.357,56 | 0,21 |
| Suma | 9.221.032,85 | 635.693,77 | 6,89 |
| 3. Gestión del dominio público | | | |
| 3.1. Caducidad de concesiones y aprovechamiento de aguas continentales | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3.2. Caducidad de concesiones en dominio público portuario | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3.3. Caducidad de concesiones en dominio público marítimo terrestre | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 3.4. Otros | 631.062,71 | A determinar | 0,00 |
| Suma | 631.062,71 | 0,00 | 0,00 |
| 4. Otros | | | |
| 4.1. Recursos ordinarios de alzada y extraordinarios de revisión | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 4.2. Modificación de concesiones de autopistas de peaje y otros | 2.449.138,36 | 0,00 | 0,00 |
| Suma | 2.449.138,36 | 0,00 | 0,00 |
| Total | 40.129.347,11 | 5.984.763,01 | 14,91 |

17

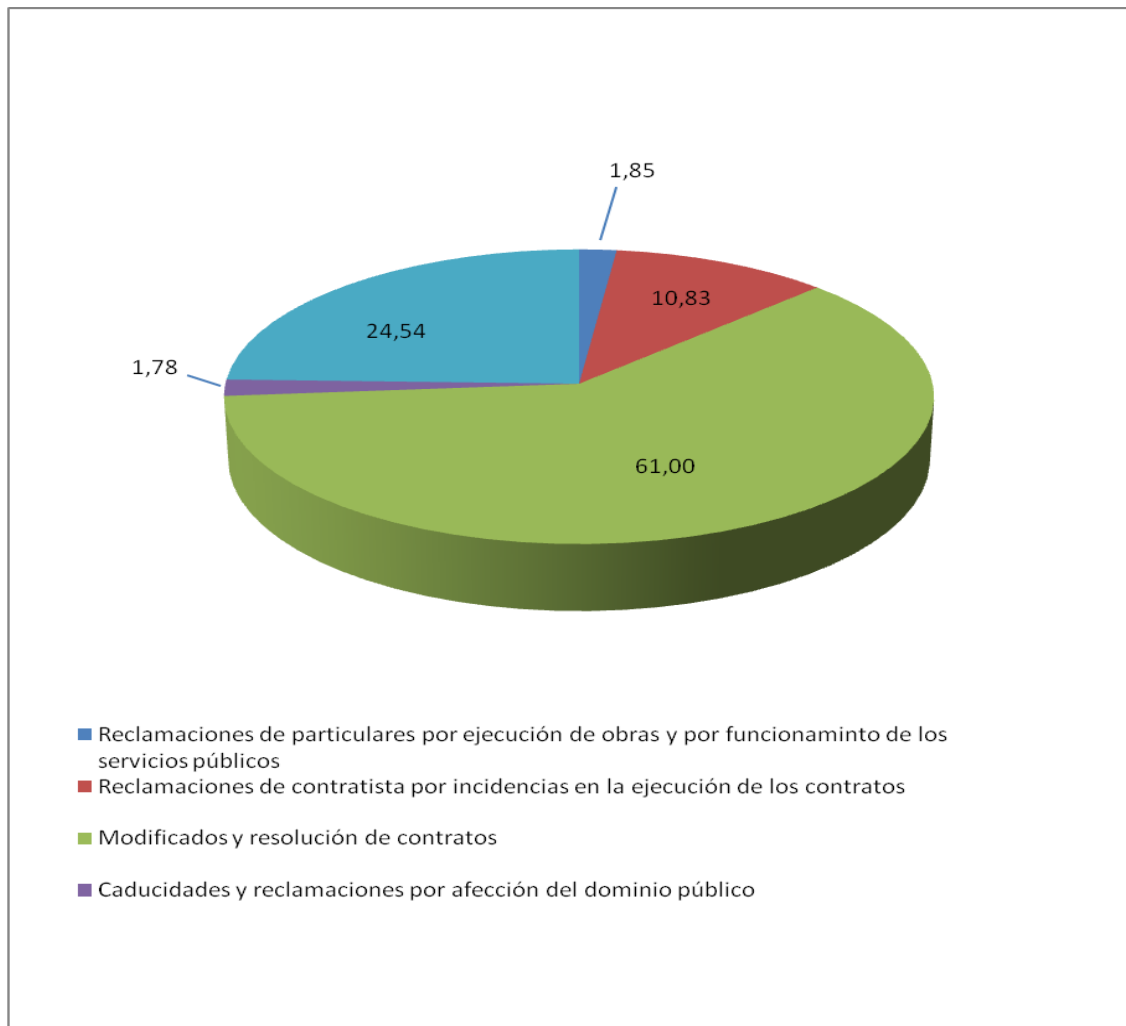
Otras asignaciones son citadas conceptualmente como:

A) Desequilibrios económicos de contratos; B) Suspensiones temporales; C) Alteración de las condiciones contractuales, que deberían ser identificadas más claramente en lo que a su contenido se refiere, dado que presuntamente puedan encerrar bajo otras denominaciones de aspecto financiero, auténticos y verdaderos “modificados de obra”.

Sin embargo, en la “Memoria 2010”, parece reflejar una posición algo más próxima a la realidad actual. Se reconoce en la misma, que las reclamaciones de contratistas superan el 96%.

La importancia relativa que, en términos económicos, representan las cantidades reclamadas o asimiladas, según la tipología de los expedientes tramitados, se ha ilustrado en el gráfico siguiente, en el que puede advertirse que las reclamaciones de contratistas superan el 96% del total solicitado o tramitado, frente a algo menos del 4% de lo reclamado por particulares. También resulta destacable, entre las reclamaciones propiamente dichas, que la partida más importante corresponde a las efectuadas por los contratistas por desequilibrios económicos de contratos, alcanzando un 7,5% del total de lo solicitado y que, junto con el 2,75% que atañe al monto relativo a las suspensiones de obras, abarcan los mayores porcentajes de reclamación.

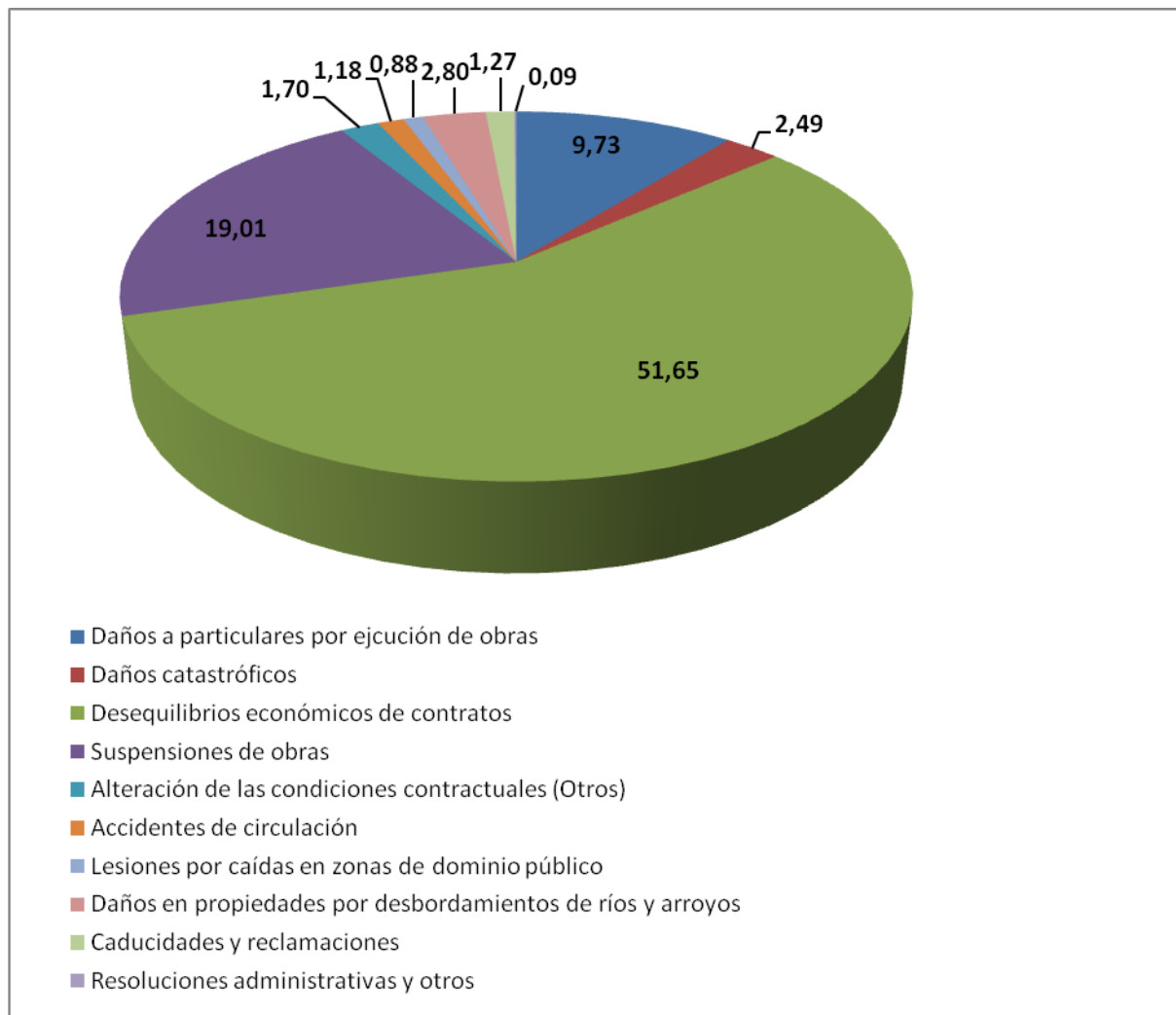
PORCENTAJE DE LAS CUANTÍAS SOLICITADAS O TRAMITADAS RESPECTO AL TOTAL EN 2010



| | Importe (€) solicitado o tramitado | % del total | Importe (€) favorable dictaminado | % de conformidad |
|---|--|----------------|---|---------------------|
| 1. Ejecución de contratos | | | | |
| 1.1. Daños a particulares por ejecución de obras | 4.898.598,15 | 1,15 | 122.459,63 | 2,82 |
| 1.2. Daños catastróficos | 1.359.869,18 | 0,36 | 550.893,31 | 40,51 |
| 1.3. Desequilibrios económicos de contratos | 28.250.388,85 | 7,47 | 4.452.226,34 | 15,76 |
| 1.4. Suspensiones de obras | 10.397.805,54 | 2,75 | 3.008.052,34 | 28,93 |
| 1.5. Modificaciones de obras | 230.683.214,04 | 60,99 | 230.683.214,04 | 100,00 |
| 1.6. Resoluciones de contratos | 63.368,51 | 0,01 | 54.942,52 | 86,70 |
| 1.7. Alteración de las condiciones contractuales (Otros) | 981.154,17 | 0,25 | 191.475,00 | 14,12 |
| Suma parcial 1 | 276.024.398,44 | 72,98 | 239.003.263,18 | 86,59 |
| 2. Funcionamiento de los servicios públicos | | | | |
| 2.1. Accidentes de circulación | 644.939,16 | 0,17 | 94.718,47 | 14,69 |
| 2.2. Lesiones por caídas en zonas de dominio público | 481.450,69 | 0,13 | 18.170,70 | 3,77 |
| 2.3. Daños en propiedades por desbordamiento de ríos y arroyos | 1.530.958,96 | 0,40 | 39.727,99 | 2,59 |
| Suma parcial 2 | 2.657.348,81 | 0,70 | 152.617,16 | 5,74 |
| 3. Gestión del dominio público | | | | |
| 3.1. Caducidades y reclamaciones por afección del dominio público | 6.713.904,02 | 1,78 | 0,00 | 0,00 |
| Suma parcial 3 | 6.713.904,02 | 1,78 | 0,00 | 0,00 |
| 4. Otros | | | | |
| 4.1. Resoluciones administrativas y otros | 48.350,45 | 0,01 | 0,00 | 0,00 |
| 4.2. Otros (obras complementarias, proyectos normativos, ...) | 92.801.550,55 | 24,53 | 92.801.550,55 | 100,00 |
| Suma parcial 4 | 92.849.901,00 | 24,54 | 92.801.550,55 | 99,95 |
| TOTAL | 378.245.552,27 | 100,00 | 331.957.430,89 | 87,76 |
| TOTAL (Sin 1.5, 1.6 ni 4.2) | 54.697.419,17 | 100,00 | 8.417.723,78 | 15,39 |

Los modificados ascienden en 2010 a 230,7 M. € (60,99%) citándose además la cantidad de 43,1 M. € correspondientes al ejercicio 2009.

PORCENTAJE DE LAS CUANTÍAS SOLICITADAS A INSTANCIA DE PARTE EN 2010



Por otro lado, aunque no constituyen reclamaciones presentadas a instancia de parte, hay que destacar también, por su alta relevancia económica, la cuantía de los adicionales líquidos (230,7M.€) de los 4 proyectos modificados enviados para informe a este Consejo en 2010, si se comparan con los correspondientes en los entrados en los años 2006 a 2009, que ascendieron a 50,13; 7,71; 122,69 y 43,1 M.€, respectivamente.

Por último, resaltar que en la “Memoria 2010”⁶⁰⁵, al igual que en otros ejercicios anteriores, viene reconociéndose: “Este consejo viene observando que los expedientes de reclamaciones contractuales a los que se refieren este epígrafe (III.3.3), vienen motivados, en gran medida, por el comienzo de las obras cuando no están aún disponibles los terrenos necesarios para la ejecución de las mismas o por la

⁶⁰⁵ Pág. 34 Apartado III. 3.3. – Reclamaciones por suspensiones temporales de Consejo de Obras Públicas, Ministerio de Fomento

prolongación de la tramitación administrativa cuando surge la necesidad de introducir modificaciones en los contratos de obras adjudicadas.

Asimismo, en la pág. 35 del citado documento, reitera:... que considera del mayor interés que se extremen las exigencias de calidad en la redacción de los proyectos de obras...

Por otro lado, el Art. 146.1 de la Ley 47/2003, de 26 de Noviembre, General Presupuestaria (en adelante L.G.P.) establece que la Intervención General de la Administración del Estado (en adelante I.G.A.E.)⁶⁰⁶ debe remitir anualmente al Consejo de Ministros, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, un informe general con los resultados más significativos de la ejecución del plan anual de control financiero permanente y del plan anual de auditorías de cada ejercicio. Por su parte, el Art. 166.5 de la L.G.P., establece que la I.G.A.E., debe remitir anualmente al Consejo de Ministros un informe resumen de las auditorías de cuentas realizadas, en el que se reflejarán las salvedades contenidas en dichos informes.

El objeto de este informe es ofrecer una visión general del estado de la situación de la actividad económico-financiera del sector público estatal, a partir de los resultados más significativos obtenidos en los controles financieros permanentes y en las auditorías efectuadas.

En el citado informe, en lo que se refiere al procedimiento negociado, que se puede utilizar en los casos expresamente tasados por la Ley, el contrato es adjudicado previa negociación de los términos del contrato con al menos tres empresarios capacitados para su ejecución. De esta manera, para poder acudir al procedimiento negociado es necesario que se produzca realmente una de las situaciones establecidas en la Ley. No obstante, algunos informes cuestionan que estas situaciones se produzcan realmente, sobre todo cuando las razones que se alegan son la imperiosa urgencia o la especificidad técnica⁶⁰⁷.

En este sentido, cabe citar el informe del Ministerio de Justicia, que señala que en el análisis de las ofertas solicitadas en los procedimientos negociados se ha comprobado que, si bien se han solicitado tres ofertas como establece la norma, con frecuencia únicamente se recibe una única propuesta, no generándose por tanto una verdadera concurrencia

En lo que respecta a la ejecución de los contratos⁶⁰⁸ tras la lectura de los informes de control y auditoría se puede concluir que son dos las principales deficiencias de gestión resultantes de la ejecución de los contratos: el incremento de los costes, como diferencias entre el presupuesto de licitación y adjudicación respecto de la contraprestación final satisfecha y el incumplimiento de los plazos de ejecución. El

⁶⁰⁶ Informe General sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría pública del ejercicio 2009.

⁶⁰⁷ I.G.A.E.- Informe general sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría del ejercicio 2009. Pág. 30 - publicado en 2010.

⁶⁰⁸ I.G.A.E.- Informe general sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría del ejercicio 2009. Pág. 32-33 - publicado en 2010.

incremento de los costes resulta de los modificados, contratos complementarios y obras de emergencia, así como de la revisión de precios durante plazos de ejecución superiores a los previstos inicialmente. Todas estas posibilidades se recogen en la normativa de contratación, con un carácter restrictivo, para asegurar la flexibilidad necesaria; pero a la vez pueden constituir herramientas para eludir el control y ser una fuente importante de ineficiencias.

Entre los casos singulares, cabe citar el Ministerio de Vivienda, en el que la ejecución de las obras se retrasa no solo por acontecimientos externos, sino fundamentalmente por la necesidad de redactar proyectos modificados, circunstancia observada en el 50% de los expedientes analizados, situándose la media de los incrementos del plazo previsto en el contrato en relación con la ejecución real en un 227%, y la de los costes en un 37%. En la Jefatura Central de Tráfico la desviación en el coste de los contratos de obras provocada por la tramitación de modificados es de 16,1% respecto del presupuesto de adjudicación, que teniendo en cuenta el coste de la liquidación se eleva al 33,2%. La desviación media en el plazo de ejecución de los contratos de obra es de un 45,4%. En el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino las desviaciones medias en el coste de los contratos de obra de la Dirección General del Agua se sitúan en un 18,04%, sin incluir el efecto de revisión de precios. Esto se debe, en parte, a que el 36% de los contratos de obra de esta dirección han sido objeto de al menos un modificado.

En Correos, en un contrato de elevado importe, se realizó un modificado del 76,92%, y fue autorizado 7 meses después de la finalización del plazo previsto de ejecución, cuando dicho plazo fue uno de los criterios de adjudicación.

En las autoridades portuarias se han producido sobrecostes que superan el 40% de las previsiones iniciales, en determinadas obras de las Autoridades Portuarias de Gijón, Castellón y Tarragona., así como otras deficiencias de gestión, con ellos relacionadas, entre las que cabe citar por su singularidad las detectadas en las Autoridades Portuarias de Las Palmas y Barcelona.

En la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en un importante contrato en el que el plazo de ejecución fue decisivo para la adjudicación, se adjudicó el contrato de dirección de obra por un plazo superior en 10 meses al previsto para la ejecución de la obra. En la Autoridad Portuaria de Barcelona, un contrato celebrado para la adquisición de mobiliario por un importe relevante carecía manifiestamente de racionalidad económica, puesto que en las mismas fechas que se aprobaba la adjudicación de este contrato se aprobaba un contrato de obra complementario sobre el edificio donde debía ubicarse el citado mobiliario, por lo que dicho mobiliario ha estado almacenado durante largo tiempo.

En el informe general sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría del ejercicio 2009, correspondiente a 2008 publicado en 2009 en el apartado aspectos relacionados con la gestión de la contratación.

Este es también el caso en AENA⁶⁰⁹ de determinados expedientes adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad en el Aeropuerto de Barajas, en los que no se incluye argumentación detallada de las razones técnicas que hubieran imposibilitado la concurrencia, sino que se exponen argumentos a favor de un contratista especializado por la complejidad o magnitud de las operaciones a realizar, o se menciona la existencia de razones técnicas sin detallar las mismas. Por otra parte, a la vista de las prórrogas de contratos, que en el caso de los servicios son muy frecuentes, se llega a la conclusión de que en muchos casos el total del contrato excede de los límites establecidos para el procedimiento de adjudicación sin publicidad. Asimismo, se han detectado un número elevado de expedientes en los que se ha vulnerado la prohibición de que el periodo de prórroga supere los dos años, establecida en la norma sobre fraccionamiento aprobada de AENA, igualmente en los contratos de suministros y servicios tramitados a través del procedimiento de pedidos, se ha detectado fraccionamiento en determinadas adquisiciones, que si hubieran sido realizadas de acuerdo con las normas aplicables habrían dado lugar a la apertura de un procedimiento negociado o abierto según la cuantía.

En las autoridades portuarias, los informes de auditoría siguen reiterando observaciones en las que se indica fraccionamiento de los contratos, falta de justificación de la necesidad del contrato, utilización de procedimiento inadecuados y en algún caso concreto realización de adjudicaciones prescindiendo totalmente del procedimiento del procedimiento establecido por la propia Autoridad Portuaria.

3. Derecho comparado en algunos países.

3.1. Francia.

El Code de Marchés Publics, similar a la antigua L.C.A.P., establece en su Art.45 *bis*, que una vez alcanzadas las prestaciones realizadas, en el importe previsto en el contrato, las posibles nuevas prestaciones a realizarse se supeditarán a la firma de un protocolo, decisión que se adaptará por el responsable administrativo del contrato.

Salvo causas excepcionales de carácter técnico, la decisión de prolongar los trabajos, no pueden modificar sustancialmente la economicidad del contrato ni ser modificado el objeto del mismo

El valor acumulado de este tipo de ampliaciones no podrá sobrepasar el 50% del valor del contrato inicial, importe, muy superior al de la legislación española, y por tanto, al igual que en el siguiente: Reino Unido, otorga, una mayor permisividad, al presente capítulo.

En la transposición del Derecho Interno procedente de las Directivas, observamos en el Art. 19 del Código de Contratos Públicos de Francia, que entró en vigor el 01.09.06, establece lo siguiente: “Un acuerdo complementario no podrá cambiar

⁶⁰⁹ Informe General (I.G.A.E.) ejercicio 2008 pág. 27-29.

fundamentalmente la economía del contrato ni cambiar el objeto del mismo, salvo imponderables técnicos no imputables a las partes⁶¹⁰

3.2. Reino Unido.

Según el Statutory Instrument 1991 y 2000 que establecen normas sobre los “modificados”, si la entidad convocante decide ejecutar trabajos adicionales que, por circunstancias imprevistas no fueron contemplados en el proyecto inicial, deberá comprobar que las obras no pueden ser ejecutadas de forma separada a los trabajos previos, sin causar graves inconvenientes para dicha entidad.

Si resultara posible ejecutarlas de forma separadas a las obras ya realizadas con anterioridad, existiría el límite respecto a que el contrato adicional no superará el 50% del precio del contrato original.

Si la entidad convocante eligiera a una empresa que ya hubiese trabajado con ella, para ejecutar estos nuevos trabajos, esta opción debería indicarse en la convocatoria o anuncio original, y no transcurrir más de tres años desde la adjudicación del primero hasta el segundo.

Es todos los demás supuestos, la entidad convocante deberá utilizar el procedimiento abierto o restringido

3.3. Alemania.

Probablemente sea en este país donde menos se plantee el Modificado de obra, ya que los procedimientos de contratación son bastante específicos y difieren de otros países Europeos.

Su sistema contempla la figura del “Project Management” independiente y la obra denominada: “Llave en mano” es decir: Proyecto y obra.

Existen dos tipos básicos de contratación en Alemania: BAUGESETZBUCH CONTRACT (Principios legales que rigen la obra) VOB (reglamento de adjudicación)

Los trabajos de construcción en Alemania se encuentran muy vigilados, ya que deben ajustarse escrupulosamente a las condiciones establecidas en los permisos de obras y a todas las normas federales referentes a seguridad e higiene y protección de incendios.

En línea de cualquier variación, a lo que se considera el “precio fijo”, cabe solamente contemplar la relativa a dos únicos factores: Cláusula de revisión por la variación de los salarios. Cláusula de revisión por variación de coste de los materiales.

⁶¹⁰ MOREO MARROIG, TERESA Los modificados de los Contratos Públicos en España. ¿Crónica de una muerte anunciada? Jefa Servicio Control Intervención General Comunidad Balear.

3.4. Suecia.

La Ley de Contratación Pública (LOU) entró en vigor el 1 de Enero de 1994, y se encuentra principalmente basada en las directivas comunitarias.

Una entidad convocante no podrá únicamente dirigirse a un contratista salvo casos excepcionales especificados en la LOU.

Respecto a los posibles “modificados”, las condiciones estipuladas no podrán ser variadas durante la Contratación. Si ello ocurriera, la entidad convocante considerando imprescindibles sus nuevos requisitos, la contratación deberá reiniciarse, publicándose, si es el caso, un nuevo anuncio de contratación.

Cuando un contrato ha concluido, y el contratista pueda considerarse perjudicado, puede instruir un procedimiento contra la entidad convocante.

3.5. Italia.

El Código de los Contratos Públicos de obras, servicios y suministros de Italia, aprobado por Decreto Legislativo nº 163 de 12 de Abril de 2006, dedica varios artículos a la posibilidad de variar el objeto del contrato durante su ejecución. A modo de ejemplo, el Art. 132, referido a la ejecución de obras prevé cuatro causas habilitantes: las derivadas de cambios legislativos, las causas imprevistas e imprevisibles, las previstas en el Art. 1.664 del C. Civil italiano, referidas a las modificaciones en los precios de materiales o mano de obra superiores al 10% que permiten una revisión del precio del contrato (Teoría de la Imprevisión consagrada en el C. Civil italiano de 1.942) y por último, los manifiestos errores u omisiones en el proyecto que afectan a la ejecución de la obra o a su posterior utilización para el fin que fue proyectada. En tal caso, debe darse conocimiento al Observatorio de Contratación y al proyectista.⁶¹¹

3.6. El reciente caso de la ampliación del Canal de Panamá.

3.6.1. Introducción.

Por su interés internacional, presencia de una empresa española y su identificación con el objeto de la Tesis, vamos a exponer brevemente las siguientes consideraciones:

Una ligera reseña ancestral para aludir que en sus primeros pasos el Canal de Panamá se financió con “presupuestos secretos”, probablemente provenientes en su mayor parte de los EE.UU.

Animados por el éxito del Canal de Suez, se concibió el de Panamá, ya que el ahorro que se produciría sería igualmente gigantesco al no tener los barcos que contornear el inmenso subcontinente sudamericano.

⁶¹¹ MOREO MARROIG, TERESA - Los modificados de los Contratos Públicos en España. ¿Crónica de una muerte anunciada? Jefa Servicio Control Intervención General Comunidad Balear.

No vamos a referirnos a las dificultades técnicas de entonces, pero si vamos a citar otro “tipo de imprevisto” que se tuvo que afrontar: las enfermedades.

El calor y la humedad constante, además de los mosquitos, produjeron tal mortandad entre los trabajadores que, finalmente, rindieron a los contratistas.

No existían recursos económicos ni medios para atajar a este enemigo implacable, pero afortunadamente para los panameños, surgieron los EE.UU. que se encontraban con que tenían dos costas oceánicas que defender en un momento muy convulso de las relaciones internacionales y la tentación de poder situar a sus barcos de guerra en uno u otro océano era irresistible.

Así que obtuvieron la concesión del uso y explotación del Canal por muchos años, pudiéndose de esta forma finalizar las obras que habían sido suspendidas.

Por ello, manifestábamos al principio que a veces en las Grandes Obras Públicas, existen presupuestos, pero que al ser de “guerra”, ¡son secretos!

En la actualidad el Consorcio adjudicatario que se menciona efectuó una oferta de realización de los trabajos por valor de 3.118 millones de dólares U.S.A.

La Propiedad ha declarado haber abonado a dicho Consorcio: 2.831 millones. 784, en anticipos reembolsables, además de al menos 160 adicionales en costes extras.

Posteriormente, y a la vista de las dificultades surgidas con unos modificados de obra, y en base a un acuerdo interno entre las tres partes intervinientes en el Contrato: ACP; Consorcio y Aseguradora, alcanzado en Febrero 2014, y suscrito con fecha 14 de Marzo, la ACP realizará una aportación de capital de 100 millones de dólares U.S.A. y el Consorcio contribuirá con el mismo importe. Una de las principales dudas que pudiera contener el Acuerdo, es la obligación “consistente en la búsqueda de una financiación adicional de 400 millones de dólares U.S.A. con un aval de la Aseguradora, desconociéndose sus términos, y plazo de búsqueda, que podría resultar eterna...y desconociéndose demás condiciones. Pero en fin, es una salida...”⁶¹².

El escenario del que disponemos para estudiar la problemática planteada: Técnico-Económica principalmente, se antoja harto difícil ante la indisponibilidad del Contrato y las aparejadas dificultades para obtenerlo sin éxito, lo que podría conducirnos a conclusiones únicamente aproximadas o en algunos casos, erróneas.

Sobre estas premisas, tenemos las siguientes declaraciones:

Respecto a lo anterior, a tenor de las declaraciones del ING. Jorge Luis Quijano, Administrador del Canal de Panamá a TELESUR (04.01.14): “El Canal nunca debate sus contratos en público, y es más, el Consorcio viola el contrato al hacer público la situación contractual que llevan con nosotros”...

⁶¹²Ver AFP@ABC.ES/PANAMÁ, de 14 de Marzo de 2014.

Por otra parte, D. Julio Mandule (Asesor Económico – Ad Honorem) en declaraciones a la misma cadena y fecha, manifestó ...”Hay un problema fundamental y es que los panameños no conocemos el Contrato”.....

Continuando con las mismas fuentes, al parecer, el volumen contractual oscila entre 40.000-50.000 páginas, consistiendo la entrega realizada por parte del Canal a los representantes de SUNTRACS, de un contenido descriptivo que detallan el entendimiento de lo que desea lograr la A.C.P., mediante el Proyecto de Ampliación. Todos los demás son simples formatos que se transformarían en documentos legales *Stricto Sensu*, una vez estuvieran cubiertos y firmados por los interesados. Muchos están duplicados: en formato Word y otro (el mismo texto) en formato PDF. La gran mayoría están solamente en inglés, salvo algunos que aparecen con su traducción al castellano.

Este fajo documental corresponde a la práctica generalizada de negocios norteamericanos para obras de esta envergadura, que sirve para blindar al personal directivo de la A.C.P., de responsabilidades, por comisión u omisión.

Es decir, ni si quiera conocemos los detalles del proyecto, ni lo ocurrido realmente.

Probablemente en el clausulado contractual se encuentren muchas respuestas o soluciones a las dudas que puedan surgirnos de aquí en adelante, ya que las partes involucradas en este tipo de grandes proyectos, suelen incluir amplias cláusulas administrativas contemplativas de la máxima cobertura sobre cualquier solución imaginable que impacte en sus respectivos intereses.

Consecuentemente, deberemos basarnos en lo recogido en el Pliego de Condiciones Técnicas y Particulares, y en la Ley Federal USA sobre arbitraje, que a su vez, nos conducirán hacia otras conclusiones.

Igualmente, hemos completado un escenario jurídico-complementario ante el supuesto de que el presente caso, tuviese que protagonizarse ante la vía contencioso-administrativa.

Ambos supuestos, Arbitraje y Judicial, procurarán ofrecernos una visión lo más completa posible, así como del papel que desempeña la Entidad Aseguradora y sus controvertidos desembolsos a realizar, sobre una realidad que podría acercarse a una de estas dos situaciones :

- La situación real difiere de lo especificado en el Contrato.
- Aparición de situaciones de naturaleza desconocida.

Sobre estas dos hipótesis iremos desarrollando varias ideas.

David McCullough (1933), historiador, auguraba en 1977, en su Obra: “Un camino entre dos mares”, que la construcción del Canal nunca estaría fuera de controversia. El paso del tiempo parece darle la razón.

Al poco de iniciadas las Obras en 2.009, las cuales ha sido calificadas como el mayor proyecto de ingeniería del siglo XXI, consisten en la construcción de un tercer carril que permitirá el paso de barcos con hasta 12.600 contenedores, prácticamente triplicando la capacidad actual; dicho optimismo ampliatorio, choca con la actual depresión económica repercutiendo también en el transporte marítimo internacional. El desplome de las tarifas de fletamento ha provocado caídas de hasta el 25% del comercio mundial.

Según los analistas económicos, la historia demuestra que cuanto más fuerte es el auge alcanzado por el comercio, más amplio será el ciclo depresivo que lo sigue, pudiéndose extender la caída durante un periodo de 3 a 10 años.

Otro factor que hasta no hace mucho tiempo había pasado inadvertido, es el posible problema del agua. El funcionamiento de un canal con esclusas depende de la abundancia o no de lluvias en la Zona del Canal, hecho, que la Propiedad no se había planteado respecto a carecer del suministro del agua necesaria que pierde cada vez que un barco utiliza las esclusas.

El Canal de Panamá mide aproximadamente 80 km. de largo entre el Océano Pacífico y el Área Caribeña, funcionando 24 horas al día durante los 365 del año.

Cada vez que un buque atraviesa el Canal: $0,2 \text{ hm}^3$, de agua dulce procedentes de las cuencas caribeñas, se drenan desde el Lago Gatún a través de las actuales tres esclusas situadas en el sentido Caribe-Pacífico.

La cuenca del Canal de Panamá tiene una superficie de 5.500 km^2 , algo superior a la del Río Llobregat, en una superficie similar a la de la Comunidad Autónoma: Castilla – La Mancha.

Se necesita mucha agua para elevar las embarcaciones hasta los 26mts., sobre el nivel del mar en Gatún y, finalmente, hacerlos descender de nuevo al nivel original.

El Lago Gatún ($5,2 \text{ km}^3$) de capacidad, 1,6 veces mayor su embalsamiento que nuestra Presa de la Serena en Badajoz, se encuentra situado próximo a la entrada caribeña del Canal, cerca de la ciudad de Colón, y por tanto bajo influencia de la cuña salina de invasión de agua marina, lo que podría poner en peligro con la intrusión salina, su agua dulce embalsada.

El agua para subir y bajar los buques en cada juego de esclusas se obtiene por gravedad de dicho Lago. El agua entra a las esclusas a través de un sistema de alcantarillas principales, que se extiende por debajo de las cámaras de las esclusas desde los muros laterales y el muro central. Por cada buque que transita por el Canal, se utilizan unos 197 millones de litros de agua dulce, los cuales, como se ha indicado, fluyen por gravedad a través de las esclusas y se vierten al Océano. Si tenemos en cuenta los aproximadamente 14.000 buques que utilizan la vía interoceánica, tendremos

la magnitud del caudal necesario, exigiendo una cota determinada en el vaso circulatorio que permitan navegar buques de grandes calados. La desmesurada tala de árboles en la zona y la consiguiente disminución de lluvias (ya sucedió en el año 2.013), pueden poner en peligro el funcionamiento del Canal en el futuro, ya que en Panamá la estación húmeda, aunque tiene una duración de 8 meses, se empieza a considerar que podría resultar insuficiente ante los nuevos desafíos emprendidos a través de la ampliación⁶¹³.

El Profesor Oriol Iglesias (Esade), respecto a la necesidad de plantearse previamente la realización de un estudio detallado del entorno del país donde se realiza la inversión de un macro proyecto de esta envergadura, con el objetivo de conocer qué factores de riesgo pueden influir en los procesos previos y diversos de planificación.

Eugenio Belinchón, Profesor de gestión de riesgos empresariales del Colegio Universitario de Estudios Financieros (Cunef), abunda igualmente en parecida opinión.

Permítaseme apuntar, basado en la experiencia personal acumulada en casos similares, y aunque suenen a tópicos: la situación acaecida y sus coyunturas, no han podido pasar desapercibidas ante un Consorcio de tal calibre. Otra circunstancia que podría haber surgido, es que su planteamiento, estratégicamente concebido, no coincidiera con el momento adecuado, hasta pasado un tiempo.

Algo similar a lo citado, ha podido ocurrir meses más tarde de escribir este apartado una vez llegado el momento (deseado o no) por alguna de las partes, en que comiencen a reconocer y aceptar nuevas situaciones negociatorias posible y previamente aceptadas tal y como se describió anticipadamente en las páginas ¿745? y ss. (ver El País – Economía 2. y 6/01/2015).

En otras circunstancias,, podría decirse, que el contratista dispone de cierta seguridad jurídica, si ha tenido la fortuna de suscribir un contrato con alguna institución internacional tal y como: el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Mundial (World Bank) o similar y cuyo beneficiario, será el país donde se ejecuten los trabajos.

Con dichas instituciones, será más difícil tener problemas previos, al disponer de modelos básicos de contratos destinados a negocios internacionales, armonizados en su estructura y contenido a través de cláusulas estandarizadas que ofrezcan plena seguridad jurídica.

Sin embargo, suelen aparecer dificultades para cumplir los clausulados de los contratos tratando directamente con la Administración Contratante o bien a través de sus sistemas judiciales, caso contrario a si se negocia con una Institución Internacional del tipo citado, surgiendo entonces dificultades endémicas por la tipología contractual aplicable, contribuyendo ello, a frenar los respectivos desarrollos económicos de los propios países, además de la problemática de las empresas intervinientes.

⁶¹³ Ver www.iagua.es/blogs/lorenzo-correa-La-reutilización-del-agua-en-el-Canal-de-Panamá.

Una fuente fidedigna como es el INFORME DOING BUSINESS DEL BANCO MUNDIAL DEL 5.11.2.013, asevera que: hacer valer judicialmente un contrato en Guatemala, demora 1.402 días; en Honduras, 920; El Salvador ,786; en Panamá, 686 y en Nicaragua, 409.

También se ha hablado y escrito mucho sobre el posible perjuicio a la marca España.

Esta “marca” se la viene defendiendo y vendiendo desde los años sesenta, arrancando desde lo más abajo del fondo empresarial, y después de décadas de oscurantismo internacional.

España, al igual que otras potencias constructoras internacionales, debe de situarse siempre dentro del guión comercial del lugar donde vaya a prestar sus servicios, al igual que aquéllas, luchando siempre contra la voracidad de la competencia y por si misma contra ésta, con unas reglas de juego ya preestablecidas , donde se espera siempre jugar las mejores cartas.

No conozco a ninguna empresa internacional que no haya tenido problemas similares o de otro tipo, pero en fin, no sería un mal ejercicio enumerar casos para obtener conclusiones, pero probablemente, resultaría algo estéril, y hoy por hoy, no se puede aplicar ningún tipo de ortodoxia que ofrezca solución a este tipo de problemas.

3.6.2. Supuesto de hecho y puesta al día del conflicto.

El Consorcio encargado de la ejecución de las Obras ha manifestado que La Propiedad no proporcionó la información geológica correcta, al parecer, sobre unos problemas surgidos o descubiertos en el subsuelo y que originarían unos costes adicionales de 1.600 millones de \$ USA aprox. 1.200 millones €. Posteriormente, se han añadido nuevas dificultades, entre otras, como la calidad del hormigón aplicado según Proyecto, etc. que hacen aumentar las dificultades ya existentes.

Se pretende en este apartado, la puesta al día durante las últimas semanas de la evolución del conflicto en conjunción con la exposición general ya descrita con anterioridad. Parece ser que la mala calidad del basalto (material principal para la producción de hormigón para la obra) y el difícil acceso al mismo por parte del consorcio, ha constituido motivo para obtener una resolución favorable de la D.A.B., obteniendo 193 M. €. de los 463 M. €. solicitados inicialmente. (El País 02/01/15).

Posteriormente, según versión del mismo diario (06/01/2015), la D.A.B. (Dispute Organization Board), escalón de resoluciones de segunda instancia en materia de arbitraje, ha considerado que ***“La documentación previa al contrato no contemplaba las condiciones reales de acceso al basalto ni su calidad, constituyendo ello, una negligencia por parte de la A.C.P.”***

¿Quiere ello decir que la documentación previa no la contenía, pero el documento contractual, sí?

Con las consabidas reservas sobre este tipo de información facilitada por una de las partes, sin poder haber sido contrastada con la otra, y anunciando ésta “nota de disconformidad”, no podemos aventurarnos en estos momentos sobre ningún tipo de pronunciamiento, mucho menos, cuando se encuentra prevista en los Pliegos de Condiciones, una tercera y última instancia de arbitraje: La corte de Miami, bajo leyes de arbitraje U.S.A.

Por ello, las complicaciones que surgen para estudiar la realidad técnica sobre lo que realmente sucede, son temas que naturalmente escapan al contenido de esta Tesis, por lo que obviamente no entraremos en ello de forma precisa.

Imaginemos por un instante como causa sostenible, y variación importante en la ejecución del Contrato entre otras: la aparición de “rocas descompuestas”; “arcillas expansivas”, “presencia de agua inesperada en el cauce del drenaje”, etc., considerados en definitiva como elementos inesperados.

Consecuentemente, estas incidencias serían defendibles por el Consorcio, aludiendo que el Contrato no puede ser ejecutado como estaba previsto.

Por otro lado, podría resultar admisible igualmente, que la A.C.P., no haya incumplido el Contrato, argumentando que sí se encontraban recogidos en las especificaciones.

En este sentido, hemos recogido lo que cita el Volumen III. (pag.58): Condiciones del Contrato. Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas - documento de 183 págs., concernientes a las obligaciones que asume la A.C.P., frente al Consorcio en el tema que nos ocupa:

4.10 Datos del Sitio

4.10.1 Antes de la fecha base, el Empleador debe proporcionar al Contratista el Informe Geotécnico Interpretativo y ciertos otros datos que tenga el Empleador en su posesión (lo que incluye muestras de perforación geotécnica), sobre condiciones físicas, incluyendo las condiciones del subsuelo, hidrogeológicas y topográficas del Sitio, así como aspectos ambientales.

4.10.2 Se considerará que el Contratista ha obtenido toda la información necesaria acerca de los peligros, contingencias y otras circunstancias que puedan influenciar o afectar la Propuesta o las Obras. En la misma medida, se considerará que el Contratista ha examinado y ha hecho una inspección del Sitio, sus alrededores, los datos a que se refiere la subcláusula 4.10.1 y otra información disponible y que ha sido satisfecho, antes de someter la Propuesta, con respecto a todos los asuntos relevantes, incluyendo lo siguiente:

(a) La forma y naturaleza del Sitio, lo que incluirá condiciones físicas, condiciones del subsuelo, hidrogeológicas y topográficas del Sitio, así como aspectos ambientales;

4.10.3 El Empleador no garantiza ni se hace responsable por la suficiencia, conveniencia o integridad de cualquier dato o información (incluyendo las muestras de perforación geotécnica) que haya suministrado o que suministre acerca de las condiciones físicas, condiciones del subsuelo, hidrogeológicas y topográficas del Sitio, así como de aspectos ambientales, con excepción de:

(a) La caracterización e interpretación geotécnica del Empleador, en la medida en que aparece (pero no más allá del mismo ni de otra manera) en el Informe Geotécnico Interpretativo, de las condiciones físicas (tal como se definen en el subpárrafo (a) de la subcláusula 4.12.1.1) que se encuentran al nivel y por debajo del Nivel de la Fundación de cada Estructura de Esclusa, pero únicamente en la medida en la que se refiere al área dentro de la huella de cada Estructura de Esclusa;

(b) La caracterización e interpretación geotécnica del Empleador, en la medida en que aparece (pero no más allá del mismo ni de otra manera) en el Informe Geotécnico Interpretativo, de las condiciones físicas (tal como se definen en el subpárrafo (a) de la subcláusula 4.12.1.1) que se encuentran, con respecto a cada Estructura de Esclusa, con el solo propósito de diseñar y construir los taludes de las excavaciones para cada Estructura de Esclusa.

Además, hemos accedido al Volumen III. Part.1. Geotechnical Interpretive Report. (Punto 4.2.1.1. Basalt.), pero lamentablemente la versión localizada es la inglesa, que junto a la especificidad técnica de su texto, al no ser geólogos, nos dificulta enormemente nuestra labor de conclusiones preliminares.

Con las debidas reservas, el precitado informe nos indica que en el 70% de las cimentaciones de las nuevas esclusas del Canal de Panamá proceden de la parte previamente cimentada y el 30% restante sería de nueva aportación.

Se describen las características del suelo, citando en gran parte sus componentes, en el supuesto que se tratan datos de interés ante un eventual deslizamiento de taludes.

Tampoco acertamos a distinguir, aunque se citen, la existencia de medios rocosos continuos o discontinuos o los componentes, si se tratan de suelos: conjunto de partículas sólidas, sueltas, o poco cementadas, de naturaleza mineral, fragmentos de roca, materia orgánica, etc.

Para aportar algo de claridad a nuestras dudas, hemos recurrido a la obra titulada: "Géologie. Objets et Méthodes." Punto 4 – Los Basaltos y Rocas Asociadas págs. 51-72. Autores: J. Dercourt – J.Paquet. Editorial Reverté, S.A. 1988. E igualmente, el texto: "Manual De Taludes", - Serie Geotecnia, Editado por El Instituto Geológico y Minero de España. (1985-86).

En resumen, la información disponible únicamente permite conocer la existencia de situaciones aún por valorar, quedando claro, que necesitamos muchos más datos de carácter técnico, al menos, para aproximarnos a la realidad. Es decir, pruebas documentales de las que carecemos.

Suele ocurrir normalmente, que una variación de hasta un 10% sobre lo recogido en las especificaciones técnicas no es considerado excesivamente importante, pero sí en el caso contrario, cuando la cantidad puede alcanzar hasta un 50%.

Pero lo que si sucede en obras de esta envergadura, es que determinadas dificultades técnicas de la Obra, generalmente de suma importancia y que suelen conocerse por ambas partes con antelación, acaban afectando a lo largo del tiempo, indefectiblemente, tanto al Presupuesto inicial, y naturalmente, al importe de la Oferta adjudicataria. Uno, porque se ha visto, si es el caso, ficticiamente minorado, por la Propiedad, otorgando ésta en origen unos parámetros irreales sobre unos problemas de envergadura, o por qué no, errores en el proyecto de construcción, ya que los estudios de suelo y subsuelo, generalmente son aportados por la Propiedad y en base a los mismos, el contratista basa su propuesta.

Raramente a un contratista o consorcio de reconocido prestigio, le suelen pasar desapercibidos dichos errores, ya que una oferta de tal calibre es revisada, contrastada y supervisada por numerosos especialistas, sobre todo: geotécnicos, y en este caso, además, coincide un consorcio licitador, por lo que las posibles detecciones sobre posibles anomalías, no han podido pasar por alto al menos, a las dos empresas líderes.

Suele ocurrir a veces en las obras, por parte de los licitadores, quienes analizan los pliegos, estudios previos, etc., en los prolegómenos de la licitación, el descubrimiento de determinados defectos o anomalías, que afectan a las obras, pero que expuestas pública y/o políticamente, acarrearían otro tipo de repercusión de más difícil solución. Normalmente son trasladadas a la Propiedad, exponiéndoles su eventual alcance y posibles soluciones al conflicto.

Es decir, puede perfectamente plantearse el caso de que los trabajos no puedan desarrollarse como estaban previsto en el Proyecto de Ejecución o en el Contrato.

No debemos olvidar, un caso parecido en el Proyecto Euro-túnel del Canal de la Mancha, el cual se licitó por 5.800 M. €, siendo el coste final de: 18.300 M. €, o como también, sucedió con el Aeropuerto de Berlín y muchos casos más en los que no nos extenderemos.

¿De nuevo falta de realismo y planificación? Creemos que no, ya que los hechos que dan lugar a la realidad, que se contempla, se reparten casi por igual entre la inicial fragilidad técnica del Proyecto y el conocimiento de ello, muchas veces compartido con posterioridad, pero que afectaría o retrasaría la puesta en marcha del macro proyecto.

Por ello, puede ocurrir de forma previa, la creación de una especie de acuerdo tácito o *fictio*, deliberadamente no expresado por las partes o por una de ellas, a fin de suprimir en esos momentos las posibles repercusiones incontroladas que pudieran surgir y hacer peligrar como hemos mencionado, la deseada puesta en marcha.

Consecuentemente, tanto por el evidente interés de la Propiedad hacia la oferta técnico-económica más interesante, y en reciprocidad de la Entidad Adjudicataria en conservar la situación de privilegio obtenida, podría dar lugar a la coexistencia de un

supuesto interés en retrasar hasta más adelante, las controversias en cuestión, que pueden hacer peligrar la mencionada puesta en marcha, ya que hay que tener en cuenta, que el presupuesto de los costes para adecuar el subsuelo para la fijación de los cimientos, podría reducir extraordinariamente los beneficios esperados por los adjudicatarios, y para la A.C.P el consabido encarecimiento.

En otro orden de cosas, nos llama poderosamente la atención, las declaraciones del ex presidente de Panamá, Ricardo Martinelli a la Cadena Nex TV, recogidas por el diario “La Prensa” (11.02.14), culpando al anterior responsable de la Autoridad del Canal de Panamá : Alberto Alemán Zubieta, de las disputas económicas que enfrentan actualmente a este órgano gestor y al Consorcio.

Alemán Zubieta permaneció al frente del Canal entre 1.996 y 2.012 y, según Martinelli: “Es muy responsable de lo que está sucediendo”. “sabía lo que podía pasar y debió tomarlo en cuenta”.

En este sentido el ex presidente: Martinelli, ha señalado en varias ocasiones al antiguo responsable de las autoridades gestoras y ha criticado que “QUIERA PASAR AGACHADO” en todo el conflicto. “ES MUY RESPONSABLE DE LO QUE ESTÁ OCURRIENDO”.

Presuntamente, no parece descaminado pensar afirmativamente que el conflicto, podría encontrarse de antemano conocido por las partes.

Al menos, como aspecto positivo, hemos comprobado algún tipo de afloramiento informativo (desconociendo si interesado o no), pero que supone, un posicionamiento provisional de algunas de las reclamaciones que afecta a los plazos y aspectos económicos que superan la oscuridad inicial.

Continuarán sucediéndose a corto y medio plazo, siendo muy probable que las partes se encuentren finalmente en Miami, (ver 3.6.5), pero mientras tanto, la mejor fórmula existente para estos casos de aumento de plazos y precios, es: negociar previamente siempre.....

3.6.3. La propiedad.

La Autoridad del Canal de Panamá, es una persona jurídica autónoma de derecho público constituida de conformidad con el Art. 316 de la Constitución Política de Panamá. Le corresponde a la A.C.P., privativamente, la administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del Canal de Panamá y sus actividades conexas, con arreglo a las normas constitucionales y legales vigentes, a fin de que funcione de manera segura, continua, eficiente y rentable. Dispone de patrimonio propio y derecho a administrarlo. La (A.C.P.) se organizó mediante: Ley Orgánica nº 19 del 11.06.1.977.

La Junta Directiva, a través del Acuerdo nº 24 del 04.10.99, estableció las normas y procedimientos uniformes aplicables a la contratación del objeto del Concurso indicado en el punto nº 4.

El Art. 316 de la Constitución Política, se refiere a la nueva entidad de gobierno sobre la Zona del Canal.

Javier Ernesto Scheffer Tuñón – Magistratura Corte de Justicia de Panamá en su Ponencia del VI Foro Iberoamericano de Desarrollo Administrativo (FIDA), Colombia 25 a 27 Julio 2007, págs. 14-15, se refiere a LA PROPIEDAD (A.C.P.), como una de esas realidades concretas a las que hay que aplicar soluciones a veces excepcionales y que cuenta con régimen constitucional “rara avis”, con expresa potestad reglamentaria de las leyes de carácter general que apruebe la Asamblea Nacional sobre materias de su competencia: presupuesto de funcionamiento e inversiones separado del presupuesto general del Estado, entre otras connotaciones de relevancia, tomando en cuenta que es un ente descentralizado nacional (empresa pública) ; pero que a tenor de la Constitución presta un “servicio público internacional esencial”.

En relación con lo que más adelante nos encontraremos (Arbitraje), observamos congruencia entre el Texto Constitucional y la Ley Orgánica, coligiendo, que la A.C.P., es una institución con plena capacidad jurídica para celebrar distintas clases de contratos, entre ellos, la sumisión a arbitrajes de derecho privado.

3.6.4. Objeto del concurso.

Diseño y Construcción para el Tercer Juego de Esclusas.

- **FINANCIACIÓN.**

La inversión inicialmente estimada fue de 5.250 Millones \$ U.S.A. procedentes de financiamiento externo y recursos propios, distribuidos de la siguiente forma⁶¹⁴:

| | |
|--|--------------------------------|
| Banco Europeo de Inversiones | 500 Millones \$ U.S.A |
| Banco de Cooperación Internacional del Japón. | 800 Millones \$ U.S.A |
| Banco Interamericano de Desarrollo. | 400 Millones \$ U.S.A |
| Corporación Financiera Internacional | 300 Millones \$ U.S.A |
| Corporación Andina de Fomento | 300 Millones \$ U.S.A |
| Recursos propios | 2.950 Millones \$ U.S.A |
| TOTAL | 5.250 Millones \$ U.S.A |

- **LICITADORES SELECCIONADOS.**

Con fecha: julio 2.009, la (ACP) adjudicó el contrato principal al Grupo Unidos por el Canal.

⁶¹⁴ Ver Informe Auditores Independientes: Deloitte – Panamá (30.06.09).

• **PUNTUACIÓN TÉCNICA.**

| | | |
|--|---------|-------|
| Bechtel; Taisei; Mitsubishi Corporation..... | 3.789,5 | (69%) |
| Consorcio Canal | 3.973,5 | (72%) |
| Grupos Unidos por el Canal | 4.088,5 | (74%) |

• **OFERTAS ECONÓMICAS.**

| | |
|--|-------------------------|
| Bechtel; Taisei; Mitsubishi Corporation..... | 4.200 Millones \$ U.S.A |
| Consorcio Canal | 5.981 Millones \$ U.S.A |
| Grupos Unidos por el Canal | 3.118 Millones \$ U.S.A |

• **PARTICIPACIÓN CONSORCIO GANADOR (GUC).**

| | |
|---------------------------|-----|
| Sacyr (ESP) | 48% |
| SaliniImpregilo(ITA)..... | 48% |
| Jan de Nul(BEL)..... | 3% |
| Cusa (PANAMÁ)..... | 1% |

• **LA COBERTURA ASEGURADORA.**

La encontramos contemplada en el Volumen III del Pliego de Condiciones, denominada: Condiciones del Contrato – Apéndice 2, Partes 1 y 2, Cláusula 18:

- 18.2 Seguros del empleador.
- 18.3 Seguros del Contratista.
- 18.4 Seguros del Sub-contratista.
- 18.5 Plan de Seguro Social.
- 18.6 Seguros de Servicio de Mantenimiento.

De la numeración anterior, las que más nos interesa en estos momentos, es la primera. Es decir: Seguros del Contratista.

Su redacción responde al modelo anglosajón, y se identifica con el sello de La Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

Es por todos conocido, que la razón de contratar un seguro por parte del Contratista, se debe a que éste, en su momento, no se vea obligado a depositar efectivo, no comprometiendo de esta forma, parte de su liquidez respaldada por sus activos o créditos bancarios, ya que el riesgo del seguro es eventual o contingente, sin compromiso cierto “a priori” sobre fecha de desembolso.

Como antecedentes previos tenemos la constitución de dos fianzas (450+150) millones dólares U.S.A. por parte del Consorcio, previo al inicio del movimiento de tierras.

La aseguradora: Zürich American Insurance asumió el principal riesgo que consiste en que si el Consorcio paraliza las obras de ampliación del Canal de Panamá, la A.C.P., o Propiedad debería demostrar el incumplimiento contractual.

Caso contrario, si el Consorcio hubiese decidido paralizar sus trabajos y finiquitar su contrato, el incumplimiento sería sencillo de determinar.

Consecuentemente, uno de los aspectos claves del caso que nos ocupa, es determinar si el Consorcio incumpliría a través de una serie de actos que viene realizando, o, habría que verificar igualmente, si es el caso, si la A.C.P., o Propiedad, es la que incumple.

Si a la ya habitual envergadura de este u otro tipo de problemas en grandes obras, les incorporamos ¿costes inesperados?, y el aumento financiero presentado por el Consorcio, parecerá poco probable que la Aseguradora opte por apartarse del supuesto de abonar una indemnización de 400 millones dólares U.S.A. (valor nominal del seguro de caución), en lugar de los importes muy superiores que inicialmente se plantean. La vigencias de la Fianza o Seguro de Caución, permite a la Entidad Aseguradora, “plegar” o “ajustar” su participación únicamente a la situación de: permitir la continuidad de la obra dentro del marco legal, o bien determinar quién incumplió, una vez finalizado el arbitraje.

Existen dos principios conceptualmente válidos pero opuestos entre sí.

El primero pertenece a PETER F.DRUCKER (1909-2005), perteneciente a la escuela neoclásica.

Según el autor austriaco: Incumbe al administrador la tarea de crear un todo genuino que es mayor que las sumas de sus partes, una unidad productora que resulta ser más que la suma de los recursos invertidos en ella. (Historia del Pensamiento Administrativo – Cap.2º Punto 2.2. Pag.41.)

A *sensu contrario*, es decir, desde el punto de vista del contratista, podría aplicarse la “Ley de Pareto (80/20), también escuela neoclásica: el 20 % de los conceptos de trabajo representan el 80 % del importe del presupuesto. (Cap. 1º - pág. 21).

Finalmente, como indica André Maurois: los negocios son la combinación de la guerra y el deporte.

A tenor de lo expresado en el capítulo: Seguros, del Pliego de Condiciones, la posición de la Aseguradora es la de garante, al asumir la emisión de una fianza o seguro de caución, y a juicio de la A.C.P., serviría para colaborar en la solución económica, finalizándose la Obra.

Uno de los supuestos que la A.C.P. manejaba, consistía en ejecutar la fianza, y de esta forma contratar a otra empresa o grupo que terminase las obras.

Por otra parte, la Aseguradora parece disponer de los siguientes argumentos:

Contrato por valor aproximado de 3.300 millones dólares U.S.A, (60% aproximado del valor total del Proyecto).

Retraso en las obras de aproximadamente 16 meses, ya que la nueva fecha de finalización se prevé para finales Diciembre de 2.015, principios de 2.016, con unos porcentajes actuales de progresión de los trabajos, según, (EL PAÍS del 02/08/14)

Continuando con la misma fuente (02/01/15), existe además, una ampliación de plazo de unos 6 meses, que nos llevaría, salvo nuevos y probables aplazamientos a mediados de 2.017.

- Avance del proyecto 73% (Sin datos actualizados).
- Avance global de la obra (78% - 02/08/14 y 85% Según El País (02/01/15))

En opinión de la Aseguradora, el importe del seguro es de 400.000 dólares U.S.A., pero condicionado a los términos del Contrato Principal, es decir, al de construcción, pero que no se trata de un seguro de caución que pueda funcionar “A primer requerimiento“, o lo que es lo mismo: “Ejecución ante incumplimiento”.

La Aseguradora ZÜRICH se basa para lo anterior en un modelo aceptado internacionalmente, y aprobado por la American Institute of Architects. (A.J.A.).

En el mismo queda recogido que siempre que el Consorcio incumpla, y siempre que no exista incumplimiento previo de la A.C.P. o Propiedad, la Aseguradora se haría cargo de la reclamación en los siguientes supuestos:

Que la A.C.P., notifique al Consorcio y a la Aseguradora, sobre el posible incumplimiento y se abra un proceso de alternativas a aplicar al caso en cuestión.

La Propiedad, caso de no encontrar solución al conflicto con el Consorcio, aquélla deberá rescindir al Consorcio su derecho a continuar la Obra.

La A.C.P., deberá informar a la Aseguradora sobre el Balance del Valor del Contrato, a fin de que ésta lo utilice para la continuidad de las obras con el nuevo contratista seleccionado.

En cuanto la A.C.P., haya cumplido con los puntos anteriores, la Aseguradora vendría obligada a las siguientes opciones:

Proponer que el mismo Consorcio continúe las obras aportando la financiación necesaria.

Proponer a un nuevo contratista y aportar capital adicional a tenor del avance de las obras.

Promover en conjunto con la A.C.P., una licitación, fijando un nuevo contrato aportando la diferencia de precio y la selección de un nuevo contratista.

No obstante, a tenor de un acuerdo firmado entre las partes con fecha 14/03/2.014, con base al pacto alcanzado el 28 de Febrero del mismo año, al parecer figura un nuevo “apuntalamiento” por parte de la Aseguradora, “dado que establece que se buscará financiación para la obra a partir de los 400 millones de dólares U.S.A., con que esta Aseguradora avala⁶¹⁵”.

3.6.5. Medios excepcionales de solución de conflictos.

El Art.20 y subsiguientes cláusulas, Apéndices y Anejos del Pliego de Condiciones Administrativas y Particulares, tratan del procedimiento a establecer ante el anterior supuesto.

La primera instancia para reclamar es la A.C.P. Posteriormente, ante la Junta de Resolución de Disputas o Conflictos (DAB), organismo independiente formado por tres miembros internacionales y sobre los que han venido dirimiéndose las recientes resoluciones dictadas.

Un segundo pronunciamiento, (siguiendo con la misma fuente: El País (06/01/15), se refiere a la posible actuación negligente de la A.C.P., cuestión, que tampoco creemos será aceptada por La Propiedad.

En última instancia, un arbitraje internacional bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Miami, formado por tres árbitros, estando el procedimiento arbitral regulado por la Ley Arbitral Federal de Arbitraje U.S.A. , Título 9 del Código de dicho país, Sección 1 y subsiguientes, y cuyo laudo se espera dictamine en Otoño 2015, aunque esta fecha se verá muy probablemente desplazada al menos, hasta mediados del 2.016.

Páginas más adelante, hemos citado alguna Sentencias del Tribunal Supremo de E.E.U.U. donde algunas resoluciones se identifican con casos similares al que nos ocupa, y que nos pueden servir jurisprudencialmente en estos momentos, aventurándonos ante un hipotético supuesto ante el Tribunal de Arbitraje de Miami.

Sin embargo, reiteramos de nuevo, las dificultades sobre la inaccesibilidad del Contrato, fondo del asunto (el contrato público y la revisión de precios) se debe regir por Ley nacional panameña, según se recoge en los estatutos de la A.C.P., junto a otra controversia, que indica que el propio contrato contiene una remisión al Derecho Federal de EE.UU.

⁶¹⁵AFP@ABC.ES/PANAMA). Fecha : 14/03/2014

Optaremos por este supuesto en el caso que nos ocupa, no ya por las negociaciones previas sostenidas entre las partes ante la Junta de Resolución de Conflictos, (Órgano arbitral panameño), sino porque paralelamente, se inició un arbitraje en EE.UU. debido a que no existe cláusula que prohíba, remitir un caso o conflicto a un centro de mediación extranjero o internacional.

Es decir, podríamos concluir la elección del Derecho Federal USA en todo aquello que no se refiera a materia imperativa, en la que se aplicaría el Derecho Panameño.

Según Pliego de Condiciones, el procedimiento de reclamaciones es el siguiente:

Cuando se presenta una reclamación por parte del Consorcio, la misma es analizada por la A.C.P., que tiene la potestad de aceptarla total o parcialmente.

Si a la parte a la que se le reclama muestra su disconformidad y no lo acepta, el reclamante puede recurrir al DAB. y susodicho Tribunal de Arbitraje.

El Derecho Federal de EE.UU. establece una significación especial entre los daños reembolsables por un incremento de los precios establecidos en el contrato, y aquellos que surgen por incumplimiento contractual. Es obligación de las “agencias administrativas” compensar a un contratista por el incremento de los costes incurridos si la solución aplicada estaba prevista en el contrato. (Art. 3 de la Standard Form of Government Construction Contract.)

En cuanto a ello, los Arts. 4 y 5 de dicho Documento, hacen referencia a “cambios” y “variación de las condiciones”. Sin embargo, cuando el incumplimiento contractual por parte de la Administración se encuentra en entredicho, serán los Tribunales los que dictarán la solución.

En este caso, presumiríamos de aplicación del Contrato Standard de Construcción Pública, en el cual se citan como muy interesantes sus Arts.11 y 13, respecto al descubrimiento o aparición de cambio de las condiciones del terreno.

Según Gaines V. Palmes en su obra: DAMAGES IN GOVERNMENT CONSTRUCTION CONTRACTS (1956), Fordham Law review. Páginas, 621 a 636. Llama la atención sobre lo siguiente:

“Unas de las dificultades más complejas recogidas en su anterior texto, consiste en la prueba de los daños sufridos cuando el contrato no puede ser ejecutado como estaba previsto”, así como “evitar que el contratista no obtenga provecho de sus propios errores”.

A continuación se citan distintas Sentencias del Tribunal Supremo de EE.UU. relacionadas con los supuestos planteados ante tan alta Institución sobre el caso que nos ocupa, ciñéndonos al supuesto de que la A.C.P., no ha incumplido propiamente el Contrato, sino que se trata de un ajuste de precio por variación de las circunstancias.

*(A) *Hoffman, Corps of Engineers, C&A n° 487 (1.954).*

Según John W. Gaskins, (Fordham Law Review) 1.955, “Changed Conditions and Misrepresentation of Subsurface Materials as Related to Government Construction Contracts.” (Páginas 588-596), referenciando a la Sentencia (A), Hoffman... alude, a que cuando el éxito de los trabajos del contratista depende de la existencia de roca “in situ”, la presencia de otra roca descompuesta en su lugar, es considerada como variación suficiente de las circunstancias inicialmente previstas.

El Consorcio debería presentar calidades sobre el estado de la roca al ser ésta el origen de la reclamación, constituyendo el examen de los expertos, principalmente geólogos, fundamento sustancial en el caso.

(B) Great Lakes Dredge & Dock Co., Corps of Engineers, C&A n° 501 (19.54).*

Otra muy similar: referente a la aparición de roca, gravilla con cemento, raíces ancestrales o sustancias inesperadas.

*(C) *John A, Johnson Contracting Corp. versus USA. 132 Ct. Cl. 645, 132 F. Supp 698 (1.955).*

El caso por excelencia en USA referido al derecho a cobro por sobrecostes, lo constituye la presente Sentencia.

Gaines W. Palmer en la publicación que venimos utilizando, (FORDHAM LAW REVIEW), página 622, Volumen 25 (1.956), señala el reconocimiento a cobro de determinados sobrecostes por la construcción de carreteras defectuosas construidas previamente por el Gobierno y utilizadas por el contratista para la construcción de un hospital.

Las carreteras no reunían las características adecuadas de circulación, suponiendo ello, un cambio sustancial de las circunstancias.

Consecuentemente, el Contratista planteó al amparo del Art. 4, que venimos reseñando, unos gastos sujetos a “Variación de Condiciones”, por situaciones inesperadas.

El Tribunal estableció que implícitamente el Gobierno garantizó un sistema útil de vías de comunicaciones, y no es que pueda afirmarse que se incumpliera el contrato, sino que las circunstancias encontradas por el Contratista eran inesperadas por sus características inadecuadas, teniendo él mismo que proceder a la estabilización de taludes, restauraciones, reducida eficacia de los trabajadores, costes administrativos y supervisión.

Es cierto, que el contrato suscrito con Johnson no establecía ninguna referencia específica, a los cambio, entendiéndose, que si un contrato establece un “numerus

clausus” de variaciones, los Tribunales reconocerán el derecho a sobrecostes en tanto en cuanto se limite a uno de ellos.

*(D) *Derbi Construction Co. and Perkins Construction Co versus Corps of Engineers, CRA n° 543 (1954).*

La situación existente difiere materialmente de la indicada en los pliegos de condiciones. Si no se reflejó un hecho que realmente ocurría, la indemnización que pretendía la propiedad no podrá realizarse según sus iniciales pretensiones. (JOHN W. GASKING) - Mismo texto citado, volumen 24, página 596 (1955).

*(E) * USA versus Rice Co. 317 U.S. 61 (4.11.1.942).*

Si en la redacción del contrato se estableció que la Administración podía reservarse el derecho a modificar la obra, en este caso, el contratista no tendría derecho a la percepción de costes adicionales.

*(F) * Great Lakes Dredge Dock Co. versus USA. (1.951 – 1.952).*

El demandante, a la hora de estimar cuantitativamente su derecho a sobrecostes, reclamó la diferencia entre el coste real de la obra y el coste estimado, considerando ciertos errores admitidos por el contratista en la estimación, además de determinados costes incurridos que no eran atribuibles al cambio de circunstancias.

El Tribunal desestimó la pretensión del demandante, estableciendo que las pruebas presentadas no sustentaban los costes estimados, El Tribunal decidió entonces sobre la base de la diferencia entre un coste razonable de las partes afectadas en la obra y el coste real, basando este último en los registros y documentación del contratista. GAINES W. PALMES. Páginas 622-626 del mismo texto citado. (119Ct. Cl. 504,96 F. Julio 9, 1.951). (Supp.923 – 1.951, cert.denied, 342 U.S. 953 – 1.952).

*G) * Shepherd versus U.S.A (1.953) 125 Ct.Cl.724, 731-34, 113 F.Supp 648, 651-653*

En esta Sentencia se estableció la obligación del contratista de notificar a la Administración, el hecho respecto a que las condiciones de obra habían variado, aunque la misma ni afirmase ni negase la existencia de tal variación.

En caso de no haberlo realizado, no podría reclamar posteriormente acudir a los Tribunales.

*H).- *Langevin versus USA, 100 Ct. Cl. 15,30 (1.943).*

*I).- *Phoenix Bridge Co.Versus USA, 8 5 Ct.Cl. 603, 630 (1.937).*

*J).-*Plumley versus USA, 226.US 545 (1.913).*

*K).-*USA versus Mueller 113 US. 153 (1.885).*

*L).- *USA versus Speed 75 US (8 WALL) 77 (1.868).*

*M).- *USA versus Benhan, 110 US. 338, 345-46 (1.884).*

Finalmente, señalar que hemos observado los Convenios Arbitrales más importantes que Panamá ha ratificado y que son:

- **Convención de Nueva York de 1.958.**
- **Convención de Panamá de 1.975.**
- **Decreto Ley n° 5 del 8.7.1.999, que establece El Régimen General del Arbitraje, la Conciliación y la Mediación, en congruencia con toda su estructura normativa, y bajo los principios de autonomía de la voluntad, equidad, celeridad, neutralidad, privacidad, especialidad, economía y eficacia.**

Esta última legislación arbitral Panameña, superó con creces ancestrales anacronismos legislativos, alineándose con las pautas de UNCITRAL y junto a los dos Convenios anteriormente citados. Según el Art.5 del aludido Decreto Ley la concepción de arbitraje internacional se distingue entre otras, como es nuestro caso, por la determinación del lugar del arbitraje, (Miami).

El presente Convenio se registrará por la Ley Federal de Arbitraje de los EE.UU. Título 9 del Código de los EE.UU., Sección 1 y subsiguientes.

Finalmente, cuáles serían las expectativas para el Consorcio: ¿positivas o negativas?.

En principio: negativas, caso de no adaptarse a los supuestos pactados en el Contrato, el cual ante su indisponibilidad, no podemos pronunciarnos abiertamente.

Positivas, en cuanto deberían suscitarse dos circunstancias favorables: La remisión al Derecho Federal U.S.A., admisible bajo el Art.20 de la Ley de Contratación Pública Panameña y la aplicación al contrato de la Standard Form of Government Construction Contract.

Repetimos, todo sujeto a lo pactado en el Contrato, sin olvidarnos de las opciones de las que pueda disponer la A.C.P para ejecutar la Fianza.

3.6.6. El Canal de Panamá y su régimen jurídico⁶¹⁶.

Debemos empezar abordando el tema de la Constitución Política.

El ordenamiento jurídico panameño se caracteriza por ser de derecho escrito, en oposición al derecho anglosajón. Es por ello, que las normas jurídicas que lo componen, se encuentren reguladas por la Constitución Política de la República de Panamá y las diferentes normas de distinta jerarquía, las cuales nutren la jurisprudencia u opinión de los jueces, cuyas determinaciones se basan en la interpretación de la norma escrita.

El Art.315 de dicha Constitución indica: “El Canal de Panamá constituye un patrimonio inalienable de la nación Panameña; permanecerá abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todas las naciones y su uso estará sujeto a los requisitos y condiciones que establezcan esta Constitución, la Ley y su Administración”.

En el ordenamiento jurídico del Estado panameño la Constitución Política es la fuente principal en la acción normativa. Las normas se ordenan en tal forma que las de menor jerarquía tienen que adecuarse a las de categoría superior y aquellas de rango inferior no pueden derogar a las superiores. El gobierno ejerce funciones de carácter nacional amparado en las atribuciones que la Ley le confiere.

Los Arts.258 y 259 se refieren al régimen de concesiones administrativas y aguas fluviales, indicando que aquéllas se inspirarán en el bienestar social y el interés público.

También, los Arts. 318 y 319, determinan la composición de la Junta Directiva del Canal de Panamá y la designación de sus miembros, así como las facultades y atribuciones de los mismos.

A continuación nos centramos en la potestad discrecional del acto administrativo en el ordenamiento jurídico Panameño.

El Art.184.14 de la Constitución Política, expresa las atribuciones del Presidente de la República de Panamá con la participación del Ministro respectivo, reglamentando las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

⁶¹⁶ Sobre el régimen de la contratación pública en Panamá resulta de gran interés la obra de GASNELL ACUÑA, C.A: “Cómo contratar eficientemente con el Estado (un análisis crítico de la Ley 56 de 27 de Diciembre de 1995 que regula la Contratación Pública en Panamá)”, Ed. Sistemas Jurídicos, S.A. 2003, Panamá. En relación con el tema del modificado de obra (pp.210 y 211) explica el citado autor que la Ley parte de la premisa de que las modificaciones (en la terminología panameña “adendas o acuerdos suplementarios”) no deben ser arbitrarias y deben ser indispensables por el interés público. No pueden afectar a la clase y objeto del contrato pues eso se considera un nuevo contrato no una modificación. Los nuevos costos requerirán las autorizaciones o aprobaciones de acuerdo a su cuantía, precisión que ha sido causa de importantes polémicas interpretativas en aquél país. Este autor defiende unificar criterios para evitar la incertidumbre que existe en algunas instituciones del Estado cuando se necesita realizar modificaciones.

Asimismo, la Ley nº 38 del 31/07/2000, publicada en la Gaceta Oficial nº 24.109 del 2 de Agosto de 2000, regula todo lo concerniente al Procedimiento Administrativo.

Además de lo anterior, coexisten numerosos Reglamentos y Otros Acuerdos que conforman una copiosa base jurídica, sectorialmente muy individualizada.

Como Institución de Derecho Público, la A.C.P., emite actos administrativos, cuya impugnación corresponde a la Sala Tercera de la Corte Suprema, ya que en Panamá, no existen Juzgados ni Tribunales Administrativos, propiamente dichos. Los afectados por un acto administrativo, pueden impugnarlo por medio de los recursos gubernativos o administrativos ante la institución que dictó el correspondiente acto.

A tenor del Art. 206.2. De la Constitución Política vigente, agotada la vía gubernativa, la parte afectada debe recurrir a la mencionada Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Panamá.)

Como se ha indicado, la Autoridad del Canal de Panamá, al tratarse de una institución de Derecho Público, que emite actos administrativos, es susceptible del establecimiento del recurso de reconsideración como medio de impugnación de sus actuaciones⁶¹⁷.

Al tratarse de una “única instancia”, no existe razón para considerar a priori : que se vulnera el debido proceso, o se impida el derecho de defensa, “ ya que no sólo cuenta como una solución legal para impugnar dentro de la A.C.P., sino que después de utilizar el mismo, se puede hacer uso de la vía contencioso administrativa.

Ahora bien, cabe destacar de forma importante, que el Art.126 de la Ley Orgánica de la A.C.P., establece claramente que en ningún caso podrá decretarse, en la jurisdicción contencioso administrativa la suspensión provisional de cualquier acto de la A.C.P., demandado ante aquella, única medida cautelar aplicable ante esta jurisdicción, tal como lo ha sostenido la Sala Tercera en distintos pronunciamientos, entre ellos, resolución del 18 de Junio de 2007.

Resumiendo, el derecho positivo Panameño establece dentro de los procesos contencioso administrativo de conocimiento de la Sala Tercera, la posibilidad de garantizar el objeto de la controversia jurídica a través de la suspensión provisional del acto, como medida de aplicación discrecional y procede en la medida que se evidencie un peligro notoriamente grave de difícil reparación, y que concurra el principio de apariencia de buen derecho, las suspensión provisional es considerada conforme a sus características y naturaleza jurídica, como una medida cautelar típica-especificada.

La jurisprudencia de la Sala Tercera, a nuestro días, ha venido asumiendo solamente la función cautelar en cuanto a la suspensión provisional, debiéndose ello a que sea esta la única tipificada en el ordenamiento panameño con la que se pretende básicamente

⁶¹⁷ Ver Pliego de Condiciones: Anexo 6 (páginas: 2, 6 y 8) y <http://micanaldepanama.com>.

satisfacer la necesidad cautelar, lo cual en no todos los casos, podrá rendir efectivamente sus frutos a través, por ejemplo, de la suspensión provisional⁶¹⁸.

Conforme a la jurisprudencia panameña y siguiendo a EDGARDO MOLINO MOLA, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia (1990-1999) en su obra : “Legislación Contencioso Administrativa actualizada, (2ª edición – 2007) : “ los actos administrativos son la forma principal en que se expresa la función pública administrativa que cumple el Estado y esa función también se expresa por medio de actos materiales, operaciones administrativas, hechos administrativos, vías de hecho, omisiones administrativas y los contratos administrativos”.

Hay que distinguir entre la potestad reglada y la potestad discrecional⁶¹⁹. Según criterio de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el reglamento de una ley, debe ser

⁶¹⁸ La jurisdicción contencioso-administrativa y el Canal de Panamá. Ver HERNANDEZ GUARDIA, M: “Derecho Administrativo Iberoamericano”.

⁶¹⁹ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, la Potestad Discrecional otorga un margen de libertad de apreciación por parte de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva, ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades Discrecionales no es extra legal, sino por el contrario, remitido por ley, de tal suerte que no existe discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la ley, y en la medida en que la Ley haya dispuesto. También se ha dicho del poder discrecional que es “...el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”. Hans Huber, citado por García de Enterría en: “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”. RAP nº 38, 1962, p.27. Por otro lado, se debe tener en cuenta que el Art. 162 de la Ley 38 del 31.07.2.000, que regula el procedimiento administrativo en Panamá - , establece la desviación de poder como vicio del acto administrativo, y este es característico de los actos discrecionales. Ronaldo de Jesús Chacín Fuenmayor (Universidad de Zulia – Venezuela) en su obra: La discrecionalidad administrativa en el Ordenamiento Jurídico Venezolano – Scielo – Cuestiones Políticas –versión impresa: ISSN 0798 – 1406 V.21 IV 35 – Maracaibo 2.005. Expresa : La potestad discrecional es una facultad-deber que tiene la Administración Pública para poder decidir algunos asuntos con un relativo margen de libertad, acorde con las circunstancias concretas que el Legislador en muchas ocasiones no puede determinar de antemano la norma jurídica, es decir, cuando las circunstancias del caso superan con creces la realidad prevista en la norma. Por otra parte, la Potestad Discrecional no constituye un concepto opuesto a lo reglado ni tampoco potestad extra legal , ya que debe observar ciertos elementos esenciales atribuidos por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, es decir, sólo cuando la norma legal la determina en forma parcial, pues debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala mediante determinada extensión: la existencia misma de la potestad; su ejercicio dentro de unos límites; la competencia de un órgano determinado y el fin caracterizado, dado que toda potestad pública se encuentra conferida para la obtención de finalidades públicas. En cuanto a la discrecionalidad y otros términos jurídicos, decir que como puede que sea considerado el concepto de discrecionalidad administrativa, como uno de los más controvertidos dentro del Derecho Administrativo, y las circunstancias superan a veces con creces la realidad prevista en la norma, indicaremos someramente las posibles confusiones que pudieran existir con otros términos jurídicos: Discrecionalidad y Libertad de Acción. La Libertad de Acción es exclusiva de los particulares, quienes pueden hacer todo, menos lo que la Ley prohíba. Un ejemplo típico de esta distinción lo constituye el Art. 18 de la Constitución Política de la República de Panamá, a saber: “Art.18: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas.” En cuanto al tema de discrecionalidad y arbitrariedad, ambas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración. La arbitrariedad es la actuación que no tiene ni reconoce límites distintos a la propia voluntad del que actúa, y por lo tanto, impregnada de ilegitimidad cuando se dirige a un acto administrativo con el fin de evadir los fines de la ley, lo cual se contrapone a la discrecionalidad, que

definido a la vez, con un criterio formal que nos indique que el mismo es un acto administrativo con carácter ejecutorio, expedido por el Presidente de la República con el Ministro respectivo, significándose desde el punto de vista material, el reglamento, por contener disposiciones generales e impersonales que lo diferencian de los actos administrativos no reglamentarios.

En Sentencia del 27 de Febrero de 2007, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, figura un análisis exhaustivo de la figura jurídica de la Potestad Reglamentaria en Panamá.

Respecto al carácter formal o material de los límites de la potestad reglamentaria, dicha Corte Suprema, se ha manifestado en reiteradas ocasiones indicando que dicha potestad posee una serie de límites que se derivan tanto del principio constitucional de

significa la actuación regida por normas legales o sometidas a un régimen legal. MANUEL OSSORIO Y FLORIT (Madrid 1973), define en su: Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales – numeral 83, como: “el acto, la conducta o proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno”. Volviendo a JAIME POZO CHAMORRO – Suplemento del Registro Oficial n°735-Quito- 29.06.12 –www.correolegal.com.ec.: La arbitrariedad es una manifestación de poder social ajena al derecho, y se caracteriza por patentar el capricho de quien ostenta el poder en determinados casos. El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad, lo constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad se encuentra obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una motivación quien actúa al margen de la ley. En cuanto a discrecionalidad y conceptos indeterminados, al hablar de conceptos jurídicos indeterminados, la norma jurídica se refiere a realidades que nos hallan debidamente precisadas en su contenido, es decir, supuestos que pueden ocurrir pero que no se hallan determinados de forma rigurosa, ya que se trata de conceptos indeterminados. En el derecho administrativo, dichos conceptos, únicamente permiten una solución justa al contrario de lo que ocurre con la potestad discrecional, en la que se permite más de una solución igualmente justa desde las perspectivas del derecho. Sobre discrecionalidad e interpretación jurídica, volvemos a citar a Manuel Ossorio y Florit en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales (1.974) pág. 511, en su definición de que: “la interpretación es la acción y efecto de interpretar, de explicar o declarar el sentido de una cosa; principalmente, el de los textos faltos de claridad. Lo que se persigue con ella, es la búsqueda del contenido de la disposición legal, por lo que no se puede considerar esta actuación como discrecional, ya que esta última es otorgada por la Administración, para valorar las mejores soluciones a fin de que se pueda conseguir el supuesto perseguido por la norma. Perfecto Andrés Ibáñez en una de sus ponencias (jueces para la democracia), alude a García de Enterría en su interesante estudio sobre La Lucha Contra Las Inmunidades Del Poder (1.972), indicando: “que la discrecionalidad es una inmunidad arbitrariamente otorgada al poder público para no tener que responder ante el juez de sus actos y para justificar esta doctrina no basta con admitir la posibilidad de revisar judicialmente los llamados actos discrecionales, sino que debe de acudir a otras formas de control, como el de los hechos determinantes o el verificado a través los conceptos jurídicos indeterminados, de tal forma que ni uno solo de los motivos que pudieran aún escapar a la apreciación judicial, pueda sustraerse de ella (Derecho administrativo Iberoamericano - volumen II – Víctor Leonel Benavides Pinilla – consideraciones en torno a la discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá. (isbn 10: 0-9842076-1-9; isbn 13: 978-0-98442076-1-9.) Discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores de Panamá. (págs.: 3 a 17 inclusive). Derecho Administrativo Iberoamericano. Pág. 3 A 15 volumen II : Consideraciones en torno a la discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá. Víctor Leonel Benavides Pinilla. Magistrado Panameño). Finalmente, en lo que respecta a discrecionalidad y acto administrativo, según Julieta Rodríguez Prado (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores de Panamá, pp.12 y 13), desde el punto de vista formal, el acto administrativo es aquel acto jurídico que emana de un agente administrativo que actúa en función administrativa, de tal forma que dichos actos pueden ser producidos por agentes judiciales o por el legislador. Los actos que no son de la administración activa (los que no producen efectos jurídicos a terceros); es decir, los que corresponden a la actividad interna de la administración, son simplemente, actos de la misma.

la reserva de ley, como de la naturaleza de los Reglamentos, sustentando en muchos de sus fallos, lo expresado por Jaime Vidal Perdomo (1.989), temas de derecho administrativo contemporáneo. La discrecionalidad administrativa. Edición Universidad del Rosario (ARGENTINA), Pág. 145 y ss.: cuando afirma que: la existencia de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el Art.162 de la Ley: 38 del 31 de Julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo en Panamá, establece la desviación de poder como vicio del acto administrativo y este vicio es característico de los actos discrecionales.

A *sensu contrario*: Desviación de poder por Resolución Administrativa de un Contrato: En Fallo de 14 de Diciembre de 2000, la Sala Tercera analizó la actuación jurídica dictada por el Alcalde del Distrito de Panamá, relacionada con la Resolución Administrativa de un Contrato de Suministro, concluyendo que no era ilegal la actuación del funcionario público por haber actuado conforme a derecho.

A tener en cuenta, si es el caso, que en el Contrato que nos ocupa, existe una parte importante de suministro (Compuertas).

Siguiendo pues a JAIME POZO CHAMORRO-Secretario General de la Corte Institucional del Ecuador, la potestad reglada sería aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico, determinando la propia Ley cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como se ha de proceder, sin ningún tipo de valoración subjetiva.

Siguiendo a Fernando Garrido Falla, (Ver, Tratado de Derecho administrativo, Vol.II. Ed.Tecnos, Madrid, 1992), indica algunos límites que derivan de la propia naturaleza de los reglamentos, que no pueden derogar ni modificar el contenido de las leyes formales ni de otros reglamentos dictados por autoridad de mayor jerarquía; así los reglamentos independientes no deben limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas por los Particulares, al igual que no deben regular cuestiones que por su naturaleza pertenezcan al campo jurídico privado y los derogatorios de otros reglamentos anteriores deben respetar los derechos adquiridos.

4. Instituciones de control externo del sector público en Europa.

4.1. Introducción.

En el centro del actual control de los Tribunales de Cuentas se encuentran cada vez más la comprobación de la eficiencia y la eficacia, dónde, siempre, con más frecuencia pasan a primer plano la efectividad y la conveniencia, de la actuación estatal como criterio de evaluación de la actividad y el éxito logrado.

El objetivo de este apartado es estudiar brevemente las instituciones de control del sector público, tales como el marco jurídico, el alcance de su actividad de control de aquellos órganos de once países europeos: Alemania, Francia, Polonia, Rusia, Austria, Irlanda, Portugal, Suiza, España, Países Bajos y Reino Unido. Ofrecen una gran

variedad de aspectos sobre las características de las instituciones de control que difieren de un país a otro, incluso de una región a otra.

La diversidad de estructuras constitucionales o territoriales: por ejemplo, sistema federal en Alemania, Austria, Suiza y hasta cierto punto también en Rusia; descentralización territorial en Francia, Polonia y Portugal; hacen un marco comparablemente adecuado con el sistema flexible de autonomía regional en España y una larga tradición de administración local en Irlanda, Países Bajos y el Reino Unido (Gales, Escocia e Irlanda del Norte). No obstante, no siempre existen instituciones de control en cada una de las regiones de un país (caso de España y Rusia). También, en algunos países se llevan a cabo actuaciones fiscalizadoras a nivel local.

Los Tribunales de Cuentas tratan cada vez más de averiguar si los objetivos establecidos se alcanzan con los fondos públicos empleados, y, con ello, se salvaguardan los intereses del contribuyente.

4.2. Alemania.

El control externo de las finanzas públicas de los “Länder” (Estados Federados), es competencia de los Tribunales de Cuentas Regionales. De conformidad con el principio de separación de los ámbitos constitucionales federal y regional, la Federación y los Estados federados, son autónomos e independientes entre sí en cuanto a la gestión presupuestaria.

El proceso de fiscalización se encuentra regulado por la Ley Federal sobre los principios presupuestarios regionales únicamente en cuanto a sus características básicas; el resto queda en mano de los Tribunales de Cuentas.

Cada año el Tribunal de Cuentas resume en un informe, los resultados de sus revisiones, siempre que a su juicio, pueda resultar de importancia para la aprobación de la gestión del Gobierno regional.

El informe anual no se trata ni de una memoria ni de un informe de actividades, sino que constituye, el fundamento para el proceso parlamentario de aprobación de la gestión del Gobierno regional.

Suele existir una fluida cooperación entre el Tribunal de cuentas federal y no correspondiente a un Estado federado.

Un Tribunal de Cuentas, en el marco de la Constitución puede, mediante acuerdo, asumir tareas fiscalizadoras de otro Tribunal de Cuentas o transferir tareas a otro Tribunal.

El objetivo es el de establecer una red de comunicación y apoyo recíprocas bajo el cual se produzca el control de las finanzas públicas en la Federación y en los Estados federados.

4.3. Austria.

En ocho de los nueve Estados federados de Austria se han creado Tribunales de Cuentas regionales independientes. Sólo Viena, la capital federal, dispone de una oficina de control que, como sección del Gobierno municipal, es parte organizativa de la Administración regional y local.

La posición de los Tribunales de Cuentas de los Estados federados como órganos de poder legislativo viene subrayada por la aclaración contenida en los respectivas Constituciones regionales y sólo sometidas a las disposiciones de la ley, lo que debería excluir toda influencia por parte de las entidades fiscalizadas o de la política gubernamental.

Entre las tareas reguladas constitucionalmente para todos los Tribunales de Cuentas regionales austríacos se encuentra la de control de la gestión financiera del respectivo Estado federado, de su Administración, de las fundaciones, los fondos e instituciones administradas por él, así como de las empresas en las que el Estado participa o sobre las que puede ejercer la correspondiente influencia.

Los Tribunales de Cuentas tienen competencias definidas legalmente cuyo fin es garantizar que puedan revisar todos los documentos relevantes para la fiscalización, así como recabar cualquier información que consideren necesaria. Tratan directamente con todas las entidades subordinadas a su jurisdicción fiscalizadora.

Sin embargo, los Tribunales de cuentas de los Estados federados no están legitimados a ejercer influencia directa (o sea, en virtud de una potestad imperativa) sobre las Administraciones y Organizaciones fiscalizadas. No obstante, se les insta a comunicar propuestas de mejora y a sugerir medidas de ahorro, así como a promover medidas para aumentar los ingresos, cuya aplicación, en todo caso, corresponde a los órganos responsables de las entidades fiscalizadas, que a su vez, se encuentran sometidas a una responsabilidad jurídica y política.

En el centro del actual control de los Tribunales de Cuentas se encuentra cada vez más la comprobación de la eficiencia y la eficacia, dónde siempre con más frecuencia, pasan a primer plano la efectividad y la conveniencia de la actuación estatal como criterio de evaluación de la actividad y del éxito logrado.

Respecto a la cooperación de los Tribunales de Cuentas Regionales austríacos, la coexistencia de competencias a nivel federal y regional da lugar no sólo a un esfuerzo de coordinación, sino también a ciertas ventajas, puesto que todas las instituciones de control pueden aplicar sus capacidades individuales.

4.4. España.

A partir de 1984, algunas Comunidades Autónomas han ido creando con el ejercicio de sus facultades de autogobierno, órganos de control dependientes de sus respectivos parlamentos para posibilitar el control externo del sector público autonómico. Hasta el momento, doce de las diecisiete Comunidades Autónomas, disponen de órganos de

control de las cuentas públicas regionales. Para las comunidades restantes, el control de las cuentas públicas regionales es ejercido directamente por el Tribunal de Cuentas del Estado.

Las funciones de los órganos autonómicos de control externo vienen definidos por cada una en sus leyes constitutivas. Su función principal es de fiscalizar la gestión o actividad económica, financiera y contable del sector público regional.

Si en el ejercicio de su función fiscalizadora los órganos autonómicos de control externo advirtieran la existencia de indicios de responsabilidad contable en que hubieran podido incurrir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales, o efectos públicos, trasladarán sin dilación el asunto al Tribunal de Cuentas, a efectos de su posible enjuiciamiento.

Los órganos autonómicos de control externo carecen de potestad jurisdiccional, lo cual se reserva en exclusiva al Tribunal de Cuentas, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que esta solución es la que mejor se adecua a la Constitución.

En el caso español, ha predominado en el sector público el control de regularidad financiera y el control de legalidad, si bien existe una tendencia a incrementar los esfuerzos para llevar a cabo controles de eficacia, eficiencia y economía. En este sentido, la propia Constitución de 1978, establece en su Art. 31.2 que “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficacia y economía”. En este mismo sentido se pronuncia la ley Orgánica 2/1982, de 12 de Mayo, del Tribunal de Cuentas, en su Art. 13.1. apartados: b) y c) señalando entre los puntos de obligada referencia en la actividad fiscalizadora del Tribunal “el cumplimiento de las previsiones y la ejecución de los Presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales y de las demás Entidades sujetas a régimen presupuestario público, basado en criterios de eficiencia y economía”.

La relación entre los órganos autonómicos de control y el Tribunal de Cuentas, se realiza a través de una coordinación creada en Mayo de 1989, cuya misión es el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia de fiscalización que garanticen la mayor eficacia de los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras.

No existen vínculos de interdependencia, ni orgánicos ni funcionales, entre las diversas instituciones regionales de control. No obstante, en reunión celebrada en Madrid el 15 de Junio de 2006, los máximos representantes de los Tribunales Autonómicos de Cuentas decidieron constituir la “Conferencia de Presidentes de los Órganos autonómicos de Control externo”, al objeto de incrementar la cooperación entre sus miembros para impulsar un mayor y más eficaz control de los fondos públicos.

En su primera reunión, celebrada en Octubre de 2006, en Pamplona, la Conferencia de Presidentes consensuó un documento, denominado: “Declaración de Pamplona”, sobre la situación del control de los fondos públicos, en el que se deciden priorizar el control de las áreas “más importantes desde el punto de vista presupuestario, como

salud y educación”, con “una especial atención a las consideradas áreas de riesgo, como subvenciones, obras públicas y urbanismo”.

Las diversas instituciones regionales de control españolas no tienen a su alcance medidas vinculantes para hacer cumplir sus recomendaciones: no imponen sanciones coercitivas, aunque sí pueden realizar un requerimiento del cumplimiento de dichas recomendaciones.

Al contrario de lo que sucede con el Tribunal de Cuentas del Estado, dónde existe una sección de enjuiciamiento, no es función de las instituciones regionales de control entablar procedimientos judiciales; solamente colaborar con el Tribunal de Cuentas del Estado.

Cuando éste delega en los órganos regionales la instrucción de los procedimientos legales preliminares para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales a efectos públicos.

4.5. Francia.

La creación de las veintiséis Cámaras Regionales y Territoriales de Cuentas tiene lugar en el marco de un movimiento general de descentralización cuya acta fundacional fue la Ley de 2 de Marzo de 1982, relativa a los derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones, que constituyen las colectividades territoriales de pleno ejercicio.

En aplicación del principio, conforme el cual “los municipios, los departamentos y las regiones son administrados libremente por consejos electos”. La Ley suprimió la tutela administrativa y financiera que los representantes del Estado ejercían hasta entonces sobre estas colectividades. Dicha tutela se traducía en el ejercicio de un control “a priori” hoy amplio que equivalía de facto, a un auténtico derecho de veto sobre sus actos.

Las Cámaras Regionales de Cuentas se crearon inspirándose en la organización, así como en los métodos de investigación y enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. El legislador ha querido que el control presupuestario, financiero y contable, ejercido sobre colectividades y establecimientos públicos locales con mayores potestades se confíe a instituciones independientes constituidas por magistrados especializados, geográficamente cercanos a estas colectividades y organismos.

La organización y las reglas de procedimiento de las Cámaras Regionales de Cuentas se encuentran recogidas en diversos textos legislativos y reglamentarios.

Desde 1944, las disposiciones legislativas, derivadas esencialmente de las Leyes de 2 de Marzo y 10 de Julio de 1982, se agrupan en el Código de las Jurisdicciones Financieras.

Sin perjuicio de cuantas excepciones o complementos, la competencia de las Cámaras Regionales de Cuentas se extiende al conjunto de las personas jurídicas de

derecho público diferentes del Estado y sus establecimientos públicos. La competencia de las Cámaras Regionales de Cuentas se limita a los establecimientos públicos locales. Por lo tanto, en principio, no pueden fiscalizar los establecimientos públicos nacionales aunque estos últimos ejerzan sus actividades en el territorio de la región y reciban ayudas y subvenciones de las colectividades locales.

Las misiones atribuidas a las Cámaras Regionales de Cuentas son de tres tipos:

- Control administrativo de los Presupuestos (Control presupuestario).
- Control jurisdiccional de las cuentas.
- Examen de la gestión.

Respecto al control de los actos presupuestarios, el Legislador ha conferido a las Cámaras Regionales una serie de intervenciones para contribuir a la corrección de situaciones caracterizadas por un incumplimiento grave en el ejercicio por parte de la colectividad de su competencia presupuestaria y financiera. Dicho control es una misión ejercida con carácter previo al control jurisdiccional en las cuentas. En el caso que nos ocupa, existe el examen de los convenios de contratación o subcontratación de servicios públicos locales: este examen tiene lugar a solicitud del representante del Estado o de la autoridad territorial competente.

Las Cámaras Regionales de Cuentas son instituciones sui generis: servicios del Estado, descentralizadas e independientes, cuyos miembros tienen el status de magistrados. Constituyen, junto al Tribunal de Cuentas, la jurisdicción financiera. De esta forma, los Presidentes de las Cámaras Regionales proceden del Tribunal de Cuentas o, si llegan a la Presidencia desde las propias Cámaras, adquieren la calidad de miembros del Tribunal de Cuentas.

Las Cámaras Regionales de Cuentas, en particular las Cámaras periféricas o fronterizas (Alsacia, Aquitania, Lorena, etc.), han establecido contactos con sus homólogos europeos que fiscalizan las entidades locales: Alemania, Bélgica, España e Italia, en particular. Dado que los fondos públicos proceden cada vez con mayor frecuencia de los fondos comunitarios y forman parte de los organismos públicos, y son gastados por éstos, el control compete al Tribunal de Cuentas europeo, lo que origina contactos cada vez más frecuentes entre dicha institución comunitaria y las jurisdicciones financieras.

4.6. Irlanda.

El actual Servicio de Fiscalización de la Administración Local (Local Government Audit Service LGAS) en la República de Irlanda, a efectos administrativos, una sección del Ministerio de Medio Ambiente, Patrimonio y Administración Local (DOEHLG en sus siglas en inglés). Fiscaliza las cuentas de todas las entidades locales, como ciudades, condados, pueblos y otras corporaciones existentes en la República de Irlanda, además de las cuentas de algunas autoridades portuarias. El principal objetivo de control externo de las corporaciones locales en la República de Irlanda es examinar la gestión de los

fondos administrados a nivel local y conforman la presentación razonable y la exactitud de los estados financieros publicados por las entidades locales responsables de esta gestión.

El control externo de las corporaciones locales se extiende también al examen y certificación de ciertas solicitudes, realizadas por entidades locales, de ayudas estatales y reembolsos; por ejemplo, ayudas relativas a la defensa civil, comidas escolares y financiación de la O.E.

El Local Government Audit Service se encuentra totalmente separado de la Oficina del Interventor-Auditor General (Servicio de Fiscalización de la Administración Central); no obstante, los informes de los auditores de la Administración local sobre las cuentas de los organismos que fiscalizan son remitidas al Controller and Auditor General, para su información.

Cuando es necesario, los servicios jurídicos del Ministerio de Medio Ambiente, Patrimonio y Administración local proveen asesoramiento jurídico en materia de auditoría. La finalidad de la fiscalización de las corporaciones locales es llevar a cabo una valoración independiente del cumplimiento por parte de las administraciones de la función de gestión financiera de las entidades locales e informar al público de los resultados de dicha valoración mediante una opinión de fiscalización y un informe adjunto, cuyo destinatario son el Ministro de la correspondiente cartera, consejeros/concejales y dirección de la entidad pública en cuestión, así como el público en general.

4.7. Países Bajos.

Cada nivel administrativo tiene su propio mecanismo de control externo de las finanzas públicas. En el ámbito nacional, encontramos la “Cámara General de Cuentas” o Algemene Rekenkamer. “General” significa que sus fiscalizaciones pueden afectar a cualquier actividad del Gobierno Central.

En el nivel local, a excepción de las cuatro ciudades más importantes: Amsterdam, Róterdam, La Haya y Utrecht), las cuentas anuales siguen siendo revisadas por censores públicos de cuentas o empresas privadas de auditoría.

En 2002, se aprobó en el Parlamento nacional una reforma integral de la Ley de Municipios en la que se les obligaba a crear un comité de auditoría del sector público o un órgano de control del sector público local independiente.

En 2007, la situación era que once provincias crearon cuatro cámaras de cuentas interprovinciales; una provincia creó su propio órgano de control provincial; existiendo ya más de treinta cámaras de cuentas municipales y unos ciento noventa municipios optaron por constituir comités de auditorías.

A diferencia de muchos otros países, ni la Algemene Rekenkamer nacional, ni las cámaras de cuentas provinciales o municipales o los comités de auditoría locales, certifican las cuentas públicas anuales. En el ámbito nacional, las cuentas anuales de los

ministerios son certificados por el departamento de auditoría interna. Sin embargo, la Algemene Rekenkamer tiene la función de examinar las cuentas consolidadas del Estado y opinar sobre su fiabilidad.

Una opinión con reservas, iniciará automáticamente un procedimiento de subsanación de las deficiencias detectada por parte del Parlamento. Las actividades fiscalizadoras de la Cámara General de Cuentas y de las entidades y comités fiscalizadores del sector público local presentan bastantes semejanzas en cuanto a regularidad, funcionamiento y rendimiento sobre contratación pública y externalización de servicios.

Las cámaras de cuentas municipales, los comités de auditoría del sector público municipal y los órganos interprovinciales, son entidades independientes entre sí, no existiendo relación de subordinación respecto del Gobierno Central ni de la Algemene Rekenkamer.

Según la Ley de municipios, la selección de los temas de fiscalización corresponde a la propia entidad fiscalizadora, obligando ésta, a informar de sus resultados y dictámenes al organismo auditado.

Los informes de auditoría se remiten a la asamblea deliberante de la corporación local y a su órgano ejecutivo, haciéndose públicos.

4.8. Polonia.

La administración local polaca se compone de tres niveles: las unidades más grandes, a nivel regional, son las WOJEWÓDZTWA; el siguiente nivel lo forman unos 300 POWIAT y, seguidos por aproximadamente 2500 GMINY.

El status de la capital de Varsovia se encuentra regulado por una legislación especial. Las corporaciones locales de los distintos niveles no están subordinadas entre sí y son iguales ante la Ley. Las ciudades y los municipios se encuentran encabezados por consejos locales directamente elegidos por la población.

La Ley sobre el Régimen local de 8 de Marzo de 1990, define tres órganos de supervisión de la acción de la Administración local:

- El Primer ministro.
- Los Gobernadores Provinciales.
- Las Cámaras Regionales de Cuentas.

Como órganos de supervisión, las Cámaras Regionales de Cuentas pueden intervenir en la actividad de las corporaciones locales en casos claramente especificados por la Ley, como por ejemplo: la implementación del presupuesto incluyendo sus modificaciones.

En el procedimiento contra la resolución presupuestaria de un Consejo o Parlamento local, la Cámara Regional de Cuentas señala las irregularidades detectadas, indica como subsanarlas y establece el plazo límite para corregir la situación.

4.9. Portugal.

La Constitución de la República portuguesa incluye el Tribunal de Cuentas en la élite de Tribunales que califica como órganos de soberanía, de la misma forma que el Presidente de la República, Asamblea y al Gobierno. Su finalidad constitucional consiste en controlar la legalidad de los gastos públicos y examinar las cuentas que la ley prevé que se le sometán.

Como regla general, la competencia fiscalizadora de cada sección regional es ejercida por su Juez en sesión ordinaria semanal, con la presencia obligada de la Fiscalía y la participación de dos asesores.

Las atribuciones del Tribunal de Cuentas y de sus secciones regionales se dividen en dos grandes ámbitos: la jurisdicción financiera (persecución de las infracciones financieras y el control financiero, ejercidos ambos en el marco del sistema jurídico portugués, tanto en el territorio nacional como en el extranjero cada sección regional puede ejercer tres tipos de control según el momento elegido para su realización.

- El control financiero previo o “a priori”.
- El control financiero concomitante.
- El control financiero ulterior o “a posteriori”.

El que nos interesaba es este último al tratarse de una verificación “a posteriori” de las cuentas de las entidades que deben someterlas, y se realiza mediante la evaluación de los diferentes sistemas de control interno y la apreciación de la legalidad, la economía y la eficacia de su gestión financiera, y por medio del control de la coparticipación nacional en los recursos propios comunitarios y de la aplicación de los recursos financieros procedentes de la U.E.

4.10. Reino Unido.

Dentro del Reino Unido, Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte, tienen sus propios organismos de control externo del sector público. Cada uno de ellos actúa dentro de su propio marco legal.

En Inglaterra, la auditoría de las cuentas y de la gestión de los gobiernos locales y de las Autoridades sanitarias es responsabilidad de la Audit Commission (Comisión de Auditoría). Ésta, realiza estudios destinados a hacer recomendaciones para mejorar el uso de los recursos empleados por las Corporaciones Locales.

4.11. Rusia.

Como consecuencia de la ruptura de la Unión Soviética, la Federación Rusa, sustituyó lo que había sido un estado unitario muy centralizado por un sistema federal descentralizado. Las regiones rusas comenzaron a adquirir importancia en la asignación de recursos a mediados de la década de los ochenta, con el deshabilitamiento de los ministerios centrales.

Las repúblicas son “sujetos federales” de grupos de etnias no rusa que disfrutaban de un alto grado de autonomía. Tienen sus propias constituciones y eligen a sus presidentes. El tercer nivel de gobierno local (ciudades, pueblos y condados), dependen de los sujetos mencionados.

Las regiones rusas comenzaron a adquirir importancia comenzaron a adquirir importancia en la asignación de recursos a mediados de la década de los ochenta, con el debilitamiento de los ministerios centrales, siendo el proceso muy caótico y poco homogéneo.

Desde el nacimiento de la nueva Rusia y su estructura federal, las autoridades han sentido la apremiante necesidad de crear órganos de control del sector público de acuerdo con el espíritu y las exigencias de los tiempos.

A principios de 1995 fue creada la Cámara de Cuentas de la Federación Rusa, organismo permanente de control del sector público estatal y rinde cuentas a la Asamblea Federal Rusa. Las entidades fiscalizadoras estatales, regionales y municipales deben fiscalizar la ejecución del presupuesto público, los movimientos de fondos públicos no presupuestarios así como el uso y la gestión del patrimonio público. Así, además de realizar auditorías exhaustivas e investigaciones concretas, las entidades fiscalizadoras también analizan proyectos presupuestarios, programas de objetivos, leyes y otras iniciativas normativas aplicables a los presupuestos y las finanzas del estado, región o corporación local. Informan periódicamente de las conclusiones de su trabajo a la jurisdicción pertinente.

4.12. Suiza.

El Consejo Federal (Gobierno suizo) no interviene ni en la constitución de los órganos de control del sector público cantonales ni en la definición de sus competencias. Las entidades fiscalizadoras de los Cantones están organizadas de acuerdo con la legislación específica de cada cantón, por la cual se rigen sus actividades. En dos cantones, la supervisión financiera se determina por decreto parlamentario. En el resto, se basa en la ley, y en ocasiones también en la constitución cantonal correspondiente.

En resumen, se puede afirmar que los órganos de control de los cantones, en el marco de sus tareas de control legalmente establecido apoyan:

Al Parlamento en el ejercicio de la supervisión del Gobierno, la Administración y los Tribunales.

Al Gobierno en el ejercicio de la inspección jerárquica sobre la Administración.

En su labor fiscalizadora, los Controles de Finanzas aplican principios de auditoría generalmente aceptados, y en caso de que surjan problemas complejos que exijan determinados conocimientos técnicos, pueden solicitar la participación de expertos.

Con la externalización y privatización de las tareas y empresas de la Administración pública, la “observación consolidada: valoración del riesgo”, cobra cada vez mayor importancia.

El Control de Finanzas comprueba si se lleva a cabo la valoración del riesgo, si se introducen las medidas requeridas y si se efectúan las anotaciones correspondientes en la contabilidad cantonal.

La meta del control de la regularidad es la valoración crítica de un resultado y su presentación. Desde el punto de vista de la legalidad el Control de Finanzas comprueba si el principio de la legalidad se respeta en el ámbito del presupuesto financiero, si están disponibles los créditos necesarios para los gastos correspondientes y si se cumple la normativa sobre las competencias financieras. En especial se comprueba si existen fundamentos jurídicos para las deudas contraídas y los gastos realizados que satisfagan las exigencias del principio de legalidad.

El principio de la eficiencia comprueba si se ha obtenido un resultado de forma razonable y favorable, y si se ha alcanzado el mejor resultado posible con el menor gasto posible. En cuanto a la conveniencia, el Control de Finanzas presta especial atención a la conveniencia de la Organización y así la responsabilidad de la directiva se encuentra adecuadamente repartida en los distintos niveles. También se comprueba si la organización de la entidad fiscalizada es la más apropiada para sus funciones y si se cumplen las condiciones para que la gestión interna satisfaga las exigencias correspondientes.

En la Administración pública, el principio de economía significa lograr que los gastos y desembolsos se mantengan tan bajos como sea posible. Actúa según el principio de economía, quien emite un gasto y/o desembolso que no es necesario para el cumplimiento de las tareas públicas, quien evita gastos innecesarios y trabaja de forma racional.

La comprobación de la eficacia se encuentra estrechamente ligada al control de la eficiencia y la economía. Revisa los efectos de las actuaciones basándose en el análisis del impacto que las mismas han tenido.

5. Los Tribunales de Cuentas de España y la U.E.

5.1. Tribunal de Cuentas de España.

La primera función, la fiscalizadora – caracterizada por ser externa, permanente y consultiva-, consiste en comprobar si la actividad económica-financiera del sector público respeta los principios de legalidad, eficiencia y economía y su destinatario natural son las Cortes Generales (o en su ámbito, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas); así, el Tribunal de Cuentas ejerce el control externo en su

ámbito como órgano técnico que es, y las Cortes- o, en su caso, los parlamentos autonómicos-, con apoyo en los resultados que dimanen de dicho control fiscalizador, despliegan el control político o parlamentario. La función jurisdiccional no es sino el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurren los que tienen a su cargo el manejo de bienes, caudales o efectos públicos, y tiene por objeto lograr la indemnidad de los fondos públicos perjudicados, por malversación, por incorrecta, incompleta o nula justificación o por otras causas o conductas.

El pleno del Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de su función fiscalizadora establece en los Arts. 2.a), 9 y 21.3a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de Mayo, y a tenor de lo previsto en los Arts. 12 y 14 de la misma disposición y concordantes de la Ley 7/1998, de 5 Abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha aprobado en sesión de 22 de Diciembre de 2010, el Informe de Fiscalización de las Actuaciones del Ayuntamiento de Zaragoza en relación con la Exposición Internacional Zaragoza 2008, y ha acordado su elevación a las Cortes Generales y al Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, según lo prevenido en el Art. 28.4 de la Ley de Funcionamiento.

CASO Nº1

INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA EN RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN INTERNACIONAL ZARAGOZA 2008.

Citamos en este apartado, uno de los casos más típicos y significativo al fenómeno de los modificados de obra.

Se trata, como más arriba se ha especificado de la: Exposición Internacional Zaragoza 2008.

Del voluminoso Informe aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 22 de Diciembre de 2010, hemos destacado del Apartado 4, las siguientes conclusiones:⁶²⁰

1. La celebración de la Exposición Internacional Zaragoza 2008 fue el resultado de la colaboración de las tres Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, que participaron en la planificación, en la financiación y en la ejecución del conjunto de las actuaciones desarrolladas, con un capital inicial de 600 Millones de € y una participación respectiva de 70%; 15% y 15% respectivamente⁶²¹.

2. En los Convenios suscritos no se incluyó una memoria justificativa de las necesidades que pretendían satisfacerse con los proyectos previstos ni una descripción de los mismos más allá de su mera enunciación.

3. En los Convenios no se motivó la inclusión de las actuaciones concretas en el marco de la Exposición, con la excepción de las obras a realizar en las riberas y

⁶²⁰ Pág.146; 147; 150; 151 del Informe Aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 22 de Diciembre de 2010.

⁶²¹ Diario de Sesiones Cortes Generales 28.10.09 pág. 18

márgenes de los ríos Ebro, Gállego y Huerva y del Canal Imperial de Aragón, para las que en el Convenio de 3 de Octubre de 2005, se indicó de forma genérica el propósito de su restauración y su integración en la ciudad.

4. La estimación inicial de costes de estas actuaciones incluida en los Convenios ascendió 840.776.839 €. No se elaboró ningún estudio ni informe que soportara estas estimaciones ni se concretó ningún procedimiento de financiación para los supuestos en los que el gasto ejecutado superara la cifra prevista.

5. Mediante el empleo conjunto e irregular de Convenios de colaboración y encomiendas de gestión a Expoagua Zaragoza 2008, S.A. el Ayuntamiento de Zaragoza hizo cesión de sus competencias en materia de contratación de la proyección y ejecución de los proyectos de obras, incluyendo el seguimiento y control de la ejecución, produciéndose no sólo contrataciones sobre proyectos no aprobados por el Ayuntamiento sino ejecuciones de obras diferentes a los proyectos aprobados (Parque Metropolitano de Agua).

En relación con la ejecución de proyectos mediante contratos celebrados por el Ayuntamiento

6. En la totalidad de los proyectos de obra se han producido importantes modificaciones que han dado lugar a la tramitación de contratos modificados. Estas modificaciones en algunos casos, han superado el 20% del importe inicialmente adjudicado, si bien en los expedientes constaba la conformidad del contratista, y en otros, han supuesto cambios sustanciales en el proyecto que hubieran debido dar lugar a la resolución del contrato y a incoar un nuevo procedimiento.

7. Se han aprobado modificaciones de contrato con posterioridad a la ejecución de las obras correspondientes, de forma que estas actuaciones no estaban amparadas en el correspondiente procedimiento de contratación previsto para la Administraciones públicas.

8. En la totalidad de las encomiendas el Ayuntamiento no aprobó los proyectos modificados y tuvo conocimiento de dichas modificaciones con posterioridad a la ejecución de las obras correspondientes, incumpliendo la cláusula 2ª del Convenio de encomienda.

CASO Nº2

En su informe Nº561: “Informe de fiscalización selectiva de los contratos de obras de construcción de la línea de AV Madrid –Barcelona formalizados por el ente gestor de infraestructuras ferroviarias (GIF)” En los años 1999 y 2000, en su apartado 4.3 Modificados de contratos- 4.31. Modificaciones-página 12 a 15.

Se refiere a que de los 16 contratos que se estaban llevando a cabo y de los dos formalizados, se produjeron 15 modificaciones.

En general los proyectos de modificación de obra, en cuanto a su valor económico, consistían en los gastos que originaban la redacción de los propios proyectos modificados, además de los gastos complementarios precisos, excepto en el contrato nº8, cuyo coste se incrementó en aproximadamente 800.000 ptas., y en dos meses su plazo de ejecución.

De acuerdo con las correspondientes mejoras de los “modificados”, el no haberse incrementado el precio, se debe a la disminución de unidades de obra o a su sustitución por otras de igual coste económico.

El expediente del segundo modificado del contrato nº 8, recoge que el precio final del contrato ascendió a 5.950.457.746 de ptas., lo que supuso un incremento del 15,10% sobre el precio que originariamente se adjudicó: 5.169.925.317 de ptas.

5.2. Tribunal de Cuentas Europeo.

Respecto al Tribunal de Cuentas Europeo, con fecha 26.04.12, emitió los Informes Especiales nº 3/2012 y 4/2012, relativos a los Fondos Estructurales que representan alrededor de una tercera parte del Presupuesto de la U.E.

Durante los periodos de programación 2000-2006 y 2007-2013, se asignaron 475.000 millones de € a dichos Fondos.

Respecto al Informe Especial nº 3/2012, la problemática existente radica en que la Comisión Europea, debe garantizar que los Estados miembros dispongan de sistemas de gestión y control que funcionen adecuadamente, de modo que la utilización de los fondos europeos sea eficaz y regular, siendo, la Comisión, la responsable en última instancia de la ejecución del presupuesto de la U.E.

En cuanto al Informe Especial nº4/2012, quizá de mayor relevancia en el tema que nos ocupa, podemos indicar que en muchos casos, las desviaciones presupuestarias proceden de la inadecuada calidad del proyecto inicial, concepto, muy parejo al español: “Modificado”.

El Tribunal de Cuentas Europeos, actúa con regularidad, bajo la noción de “Grandes Proyectos” de Infraestructura, refiriéndose a los grandes proyectos FEDER y, por analogía a los del Fondo de Cohesión.

Estos tipos de proyectos por lo que representa, suelen contener grandes dosis del tema que nos ocupa; por no remontarnos a tiempos muy pretéritos, podemos referirnos a los periodos de programación 1994-1999 y 2000-2006⁶²²

⁶²² Informe Especial Nº 1/2008 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre los procesos de tramitación de los grandes proyectos de inversión de los periodos de programación 1994-1999 y 2000-2006 (2008/C 81/01)

El informe de 1 de Abril de 2008 en su pág. C-81/5 apartado V, indica:

En el momento de la fiscalización, la Comisión solo había podido realizar la evaluación ex post de los grandes proyectos del período 1994-1999, que se vio obstaculizada en gran medida por la falta de información pertinente y rigurosa en relación con los efectos previsibles y el seguimiento. En estas condiciones, las evaluaciones no aportaron datos útiles para la adopción de decisiones del período siguiente, salvo en un caso de proyectos cofinanciados por el Fondo de Cohesión. La evaluación aún pendiente de los grandes proyectos FEDER del período 2000-2006 podrá basarse en disposiciones reglamentarias más estrictas, especialmente en materia de seguimiento, pero que en la práctica apenas han empezado a aplicarse.

En su apartado 20 de la página C81/8 la Comisión se ha mostrado excesivamente flexible a la hora de aprobar algunos proyectos:

- Se aprobaron proyectos que no estaban suficientemente madurados, como muestra el hecho de que se sobrepasaran sus presupuestos financieros y sus calendarios de ejecución. Sin embargo, pese a conocer este problema, la Comisión los aprobó;
- Algunos proyectos, por el contrario, ya habían prácticamente concluido en el momento de su prestación. En lo que se refiere a los proyectos productivos, se da el caso de que las fechas de envío del expediente de solicitud a la Comisión se aproximen a la conclusión física de los proyectos, si bien con anterioridad a su cierre contable, de manera que ya no sea posible proceder a la modificación del proyecto, quedándole a la Comisión como única alternativa su autorización o su denegación;
- Solo en contadas ocasiones se verificó en las inversiones productivas la aplicación de los principios que justifican la intervención pública y tampoco pesó mucho en la decisión de cofinanciación la consideración de los criterios destinados a compensar las insuficiencias del mercado y a no cofinanciar los efectos de peso muerto;
- Algunos grandes proyectos no cumplen el criterio de abarcar un conjunto de obras económicamente indivisibles con una función técnica precisa y unos objetivos claramente identificados. Proyectos del FEDER adoptados como grandes proyectos son en realidad el resultado de la yuxtaposición de varios proyectos individuales. Esta cuestión es fundamental, ya que la presentación de una solicitud para un gran proyecto permite beneficiarse de hecho de una aplicación aplazada de la <<norma n+2>> mientras se examina el proyecto, que puede prolongarse de forma considerable.

Finalmente, puede comprobarse en el Capítulo de conclusiones y recomendaciones, pág. C 81/14, apartados b y 60, que con un alto grado de tecnicismo su contenido encierra el clásico problema de dimensionamiento que venimos tratando.

La Comisión toleró muchas debilidades; la calidad de los análisis financieros y socioeconómicos presentados en apoyo de los proyectos era muy desigual. En particular, los proyectos de inversiones productivas van acompañados de análisis de calidad más fiables, por lo que se aprueban grandes proyectos aunque la información presentada no permita suficientemente su valoración.

A la vista de estos elementos, el Tribunal pone en entredicho el valor añadido real del proceso de aprobación de los grandes proyectos, tal y como lo lleva a cabo la Comisión, pues es complejo y no conduce a desechar los proyectos carentes de calidad ni a modular la intervención de manera satisfactoria. Tampoco garantiza la preparación adecuada de la evaluación siguiente. Las debilidades constatadas en materia de tramitación tienen, efectivamente, repercusiones en el proceso de evaluación ex post.

La fiscalización del Tribunal se basó principalmente en el examen de cuarenta programas en los que se habían detectado deficiencias significativas, con el fin de evaluar si la comisión había gestionado de forma satisfactoria las deficiencias constatadas en los sistemas de gestión-control de los Estado miembros y en particular, si:

- Tomó medidas correctoras apropiadas;
- Garantizó que su aplicación tuviera lugar en el momento oportuno;
- Se aseguró suficientemente de que sus medidas dieran lugar a correcciones financieras apropiadas de irregularidades anteriores y a la mejora de los sistemas para evitar que vuelvan a producirse.

El Tribunal recomienda que:

a) Por lo que respecta a la aplicación de medidas correctoras, la Comisión:

- Reduzca la duración del procedimiento administrativo desde la detección de las deficiencias hasta la aplicación de medidas correctoras.
- Conceda mayor prioridad a sus tareas de control del trabajo de las autoridades de auditoría para garantizar que estas obtienen porcentajes de error fiables que permitan la aplicación de correcciones financieras basadas en estos porcentajes;
- Divulgue listas de comprobación que sirvan de modelo de mejores prácticas a las autoridades de los Estados miembros en sus controles de primer nivel;
- Se asegure de que las correcciones financieras aplicadas antes del cierre abarcan todos los gastos que se hayan realizado en virtud de sistemas de gestión y control deficiente;

El presupuesto asignado a un programa se financia mediante fondos públicos del Estado miembro, fondos privados y Fondos Estructurales.

EJEMPLOS DE DEFICIENCIAS Y ERRORES EN LOS SISTEMAS.

Los controles de primer nivel con una cobertura del gasto reducida o de calidad insuficiente incrementan el riesgo de que no se detecten gastos irregulares, como en el caso de:

- Gastos no subvencionables: por ejemplo, si en una fiscalización se detecta un gasto declarado correspondiente a un proyecto que no está situado en una zona subvencionable, esta irregularidad dará lugar a un porcentaje de error del 100%.
- Gastos que no hayan sido realmente efectuados o no estén documentados: por ejemplo, si se declaran gastos de personal de cuatro personas que trabajan en un proyecto y en una auditoría se detecta que en realidad uno de ellos no pertenecía al proyecto, la irregularidad dará lugar a un porcentaje de error del 25%.

El objeto de la Comisión consiste en lograr una situación en la que los gastos sean legales y regulares y en mejorar la gestión en el futuro

a) Gastos ya realizados y reembolsados por la Comisión: se solicita a las autoridades de los Estados miembros que evalúen el alcance de las irregularidades y que apliquen correcciones financieras en consecuencia. En caso de que el Estado miembro se muestre de acuerdo en aplicar una corrección, los fondos europeos liberados pueden ser reasignados para otros gastos subvencionables en el marco del programa correspondiente⁶²³. Si el Estado miembro se opone a aplicarla, la propia Comisión puede efectuar las correcciones financieras. Si es la Comisión la que efectúa la corrección, el Estado miembro pierde los fondos europeos:

b) Gastos aún no declarados a la Comisión: se pide a las autoridades de los Estados miembros que modifiquen los sistemas de gestión y control para que resulten eficaces.

Sobre la base de las cuentas anuales de la Unión Europea correspondientes al ejercicio 2010, el importe total de las correcciones financieras confirmado para el periodo 2000-2006 es de 4.165 millones de € para el FEDER y 1.174 millones de € para el FSE. El importe total de las correcciones financieras comunicado para el periodo 1994-1999 es de 1.758 millones de € para el FEDER y 397 millones de € para el FSE.

EJEMPLO DE UN CASO EN EL QUE LAS MEDIDAS SOLICITADAS NO APORTABAN UNA RESPUESTA COMPLETA.

En una auditoría de un programa realizada por la Comisión en 2007 (Galicia) se examinaron un organismo intermedio y seis organismos (de un total de trece) en los que se había subdelegado la gestión. La auditoría reveló deficiencias significativas pese a que las autoridades de los Estados miembros habían efectuado varias auditorías del sistema 2003 y 2005. Aunque la conclusión del informe de la Comisión era que el organismo intermedio debería supervisar la totalidad de los organismos subdelegados y

⁶²³ Art. 39, apartado 1, del Reglamento (C.E.) nº 1260/1999

deducir todos los gastos irregulares, las recomendaciones específicas se referían únicamente a los organismos subdelegados auditados. Pese a que estos eran los más importantes por el importe de los fondos gestionados (alrededor del 80%), teniendo en cuenta la gravedad de los problemas constatados (ineficacia de los controles de primer nivel, declaración de gastos no subvencionables, etc.), la Comisión debería haber exigido a las autoridades de los Estados miembros que realizasen esfuerzos suplementarios para garantizar que los organismos no auditados no estuvieran afectados por problemas similares.

EJEMPLOS DE REQUISITOS MÁS O MENOS RIGUROSOS EN LOS CONTROLES DE PRIMER NIVEL.

En los programas de Estado miembro (como el correspondiente a Extremadura) la Comisión solicitó la introducción de un control mínimo del 25% del gasto, que debía incrementarse en caso de que se constataste un porcentaje de error significativo.

En los programas de otro Estado miembro, la Comisión aceptó la nota orientativa de las autoridades nacionales, que no fijaba ningún requisito sobre el número de proyectos que debían controlarse, pero precisaba que, en los proyectos controlados, se analizaría la documentación justificativa referente a cinco partidas de gastos por categoría de gasto. Por ejemplo, en el programa Merseyside, solo se controló la documentación justificativa en el 1,3 % del total de los gastos declarados.

En otro caso (Sarre), la Comisión no consiguió imponer ningún requisito a estos controles.

La Comisión alcanzó una conclusión positiva sobre la aplicación de medidas correctoras en el 87% de los programas examinados por el Tribunal; entre estos figuraban programas- aproximadamente el 8%- en los que, pese a haber concluido el procedimiento, persistían algunos problemas. En el 13% restante de los programas en los que el procedimiento de aplicación de las medidas correctoras se había prolongado durante una media de treinta y cinco meses hasta la fecha de cierre, la Comisión decidió abordar las deficiencias durante el procedimiento de cierre.

EJEMPLO EN EL QUE LA AUDITORÍA DE SEGUIMIENTO NO DIO LUGAR A UNA CONCLUSIÓN POSITIVA.

En un programa (Industria y Empresa en la República Checa) se pidió a las autoridades responsables que llevasen a cabo una verificación de los gastos declarados respecto de algunos problemas específicos (como el cumplimiento de las normas de contratación pública). La auditoría de seguimiento de la Comisión para evaluar la calidad de las verificaciones realizadas concluyó que estas no habían detectado varios problemas, o que no proponían las correcciones financieras adecuadas al respecto. Se pidió por tanto a las autoridades que volviesen a calcular los porcentajes de error de los proyectos controlados teniendo en cuenta las observaciones de la Comisión, lo que supuso examinar los controles iniciales para asegurarse de que abarcaban la totalidad de problemas que no habían sido cubiertos anteriormente y calcular a continuación la corrección financiera necesaria.

EJEMPLO DE INFORMACIÓN INSUFICIENTE POR LO QUE RESPECTA A LA JUSTIFICACIÓN DE LAS CORRECCIONES FINANCIERAS APLICADAS.

En un programa (Galicia), el que el organismo intermedio había delegado la ejecución de las medidas a varios organismos, la Comisión había solicitado correcciones financieras en los gastos declarados por organismos en los que los informes del Art. 13 habían reflejado porcentajes de error elevados. Se aplicaron correcciones a cuatro organismos, una de ellas basada en una verificación estadística, pero la Comisión no disponía de información que le permitiera conciliar el importe de las correcciones con los porcentajes de error detectados en los controles de primer nivel. No se recibió información de los tres organismos restantes o bien se recibió incompleta. La Comisión no solicitó datos suplementarios y reanudó los pagos.

EJEMPLO DE CONSTATACIÓN RETIRADA BASÁNDOSE EN UNA DESCRIPCIÓN FACILITADA POR UNA AUTORIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO.

En un programa (Navarra), la detección y rectificación de las deficiencias se fundaba en informes de las autoridades del Estado miembro. Las autoridades nacionales informaron a la Comisión de que en algunos de los distintos organismos a los que se había delegado la gestión se implantaron nuevos procedimientos relativos a varias medidas gestionadas por un organismo (pero sin proporcionar una descripción más detallada que hubiese permitido a la Comisión juzgar el número y la calidad de los nuevos controles). Para otras medidas gestionadas por el mismo organismo se habían elaborado manuales aunque persistían algunos problemas en cuanto al contenido de los controles. Sin embargo, otros organismos seguían sin disponer de manuales ni de listas de comprobación, elementos fundamentales para garantizar la eficacia de los controles. La Comisión no intentó recabar información suplementaria.

PROGRAMAS EXAMINADOS EN LA COMPROBACIÓN DOCUMENTAL

| FEDER | | | |
|--------------|-----------------|------------------------------|---|
| PAIS | PROGRAMA | DENOMINACIÓN PROGRAMA | PRESUPUESTO ASIGNADO (millones de euros) |
| ESPAÑA | 2000ES161PO004 | Asturias | 1.695,4 |
| | 2000ES161PO008 | Ceuta | 89,4 |
| | 2000ES161PO010 | Extremadura | 2.262,4 |
| | 2000ES162DO006 | Madrid | 781,4 |

Desde 2000, la U.E. ha facilitado cerca de 6 200 millones de € a través de los Fondos Estructurales para cofinanciar infraestructuras portuarias marítimas. Las inversiones son gestionadas por las autoridades regionales y la Comisión Europea.

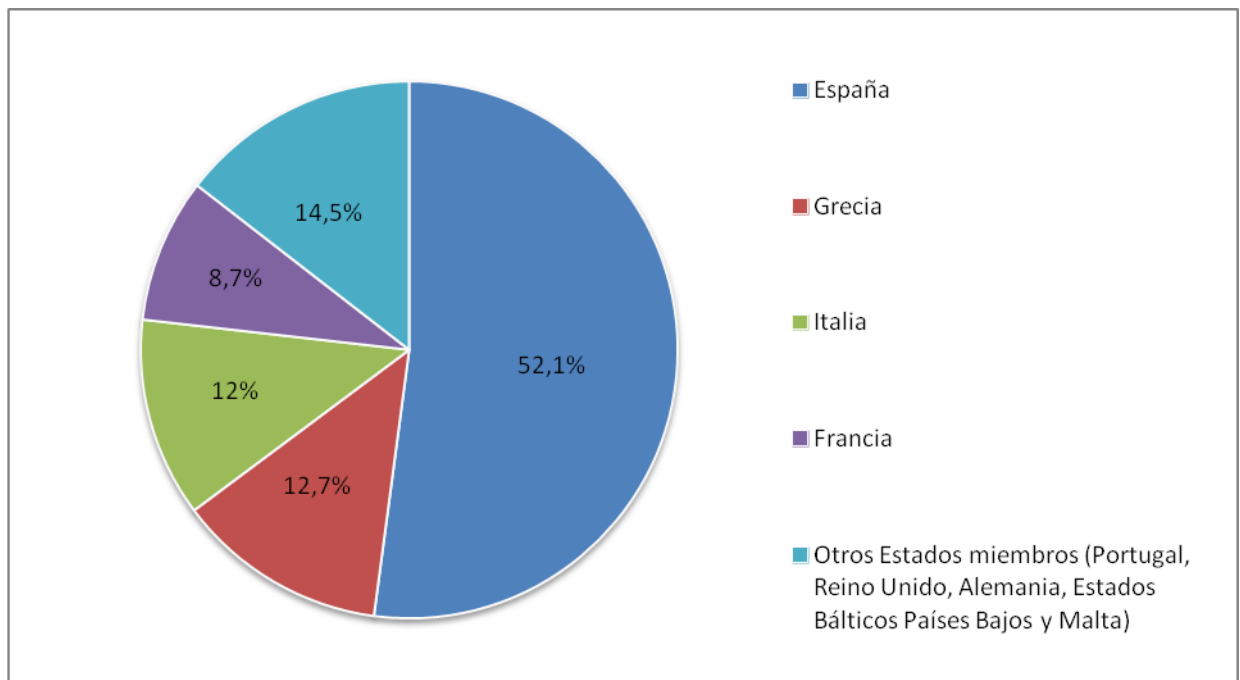
El Tribunal constató lo siguiente:

- Solo once de los veintisiete proyectos resultaron eficaces para apoyar los objetos de la política de transporte. Por otra parte, ciertas construcciones no se habían

finalizado, algunas no se utilizaban y otras necesitaban una inversión adicional considerable antes de entrar efectivamente en funcionamiento.

- Ninguna de las regiones auditadas disponía de un plan de desarrollo portuario a largo plazo y tampoco se habían efectuado evaluaciones de necesidades. Además, no había suficientes proyectos aptos para la financiación, por lo que se recurrió a la financiación retroactiva para absorber los fondos disponibles.

DESGLOSE POR PAÍSES DE LA FINANCIACIÓN DE LOS FONDOS ESTRUCTURALES DESTINADA A INFRAESTRUCTURAS PORTUARIAS PARA EL PERÍODO 2000-2006.



El Tribunal fiscalizó las inversiones de los Fondos Estructurales y de Cohesión en infraestructuras de transporte portuarios a fin de determinar si los proyectos cofinanciados en el periodo 2000-2006 eran eficaces, para lo cual examinó:

- Los objetivos y realizaciones de veintisiete proyectos subvencionados por el FEDER y el Fondo de Cohesión con cargo a la línea presupuestaria < infraestructuras de transporte>.
- La fiscalización se llevo a cabo en nueve regiones de los cuatro Estados miembros beneficiarios de la mayor parte de los fondos. El número de regiones auditadas por país se basó en su proporción de fondos asignados, y fueron seleccionadas cuatro regiones de España (Andalucía, Asturias, Canarias y

Galicia), dos en Grecia (Islas del Egeo Septentrional y Meridional), dos en Italia (Sicilia y Puglia), y una en Francia (Alta Normandía). En cada región se seleccionaron de manera aleatoria tres proyectos de las inversiones en infraestructuras portuarias comunicadas a la Comisión para ser auditados sobre el terreno.

EFICACIA DE LOS PROYECTOS.

En la fiscalización también se evaluó si la construcción de las infraestructuras se había finalizado a tiempo y si estas se estaban utilizando. El Tribunal constató que, de los veintisiete proyectos:

a) Once se habían terminado a tiempo, doce habían sufrido un retraso medio en su construcción de veintiséis meses y los cuatro restantes, que totalizaban un 70,8% de los importes auditados, no se habían finalizado.

En el momento de la fiscalización de las obras de construcción todavía no habían concluido debido a retrasos y a problemas técnicos en Gijón (Asturias, España), Punta de Langosteira (Galicia, España) y Brindisi (Puglia, Italia), y a la necesidad de dragado y excavaciones adicionales en Karlovasi (Islas del Egeo Septentrional, Grecia).

El proyecto de Gijón, que recibió 248 millones de € de cofinanciación, se había notificado al Tribunal como finalizado en Enero de 2011. El proyecto de Punta de Langosteira, que había recibido 258 millones de € del Fondo de Cohesión, no se había finalizado a mediados de 2011.

b) La mayoría de las infraestructuras se estaban utilizando: de los veintitrés proyectos finalizados, diecinueve estaban en funcionamiento a mediados de 2010. Tres no se utilizaban (los proyectos de Augusta, en Italia, y de Campamento y Arinaga, en España) y uno solo parcialmente (Bari, en Italia). Los cuatro proyectos recibieron 25,7 millones de € de financiación del FEDER el 36,6 % de su coste total

EJEMPLOS DE PROYECTOS QUE NO SE UTILIZAN.

1. Entre 2001 y 2004, un proyecto en Campamento preveía la reconversión de una zona portuaria obsoleta en una terminal central de contenedores para responder a la creciente demanda de transporte de contenedores y crear empleo. Dado que la dársena construida era demasiado pequeña para el tamaño cada vez mayor de los buques portacontenedores modernos, que las conexiones con el interior eran deficientes y que había otras terminales de contenedores cercanas, se decidió durante la construcción cambiar el proyecto por un dique seco para construcciones especiales.

Este se utilizó una vez para la construcción de una terminal flotante de gas natural líquido y no existen otras perspectivas de futura utilización (cofinanciación de la U.E., de 16,6 millones de €).



Parte del dique construido en Campamento

Once proyectos se consideraron eficaces en el apoyo a la política de transportes (18,1 % de los fondos de la UE auditados): <<Port 2000>> en Le Havre, grúa móviles en Ruan, un paso auxiliar para camiones en Tremestrieri, dos muelles en San Juan de Nieva en Avilés, un dique de protección en Myrinas, obras de ampliación del puerto en Tinos, parte de la ampliación inter portuaria en Bari, obras de expansión del puerto en Thira, construcciones portuarias en Ferrol, construcción de un dique de protección y renovación de una terminal en el puerto de las Palmas.

Cuatro proyectos (el 5,6% de los fondos de UE auditados) no fueron eficaces: tres puertos vacíos en Campamento, Arinaga y Augusta y una inversión ferroviaria en Le Havre que no produjo el esperado incremento del transporte de contenedores por ferrocarril.

Ocho proyectos no contribuían al logro de objetivos de la política de transportes (5,5% de los fondos de la U.E. auditados): Cuatro proyectos para la construcción de puertos deportivos, la ampliación de un muelle para atraer a buques cruceros de mayor envergadura en Syros, un edificio para la policía portuaria en Cádiz, una lonja en A Coruña y un proyecto de renovación viaria en Avilés (aunque se consideró que no había apoyado de manera eficaz la política de transportes, algunos de los proyectos visitados aportaron beneficios cualitativos o cuantitativos a sus localidades).

Además, muchas de las inversiones efectuadas se vieron perjudicadas bien por unas conexiones con el interior ineficaces (<<Port 2000>> en Le Havre) o inexistentes (Bari, Brindisi, Langosteira y Ferrol). Pese a que <<Port 2000>>, Bari y Ferrol se consideraron eficaces, es probable que estos cinco proyectos, que representan el 47,7% de los importes cofinanciados auditados, necesiten inversiones adicionales significativas para conectarse con el interior y funcionar a la medida de su capacidad.

En el puerto de Avilés /San Juan de Nieva, se construyeron dos muelles entre 2002 y 2005 (cofinanciación de la U.E. de 6,5 millones de €) y, desde que finalizó el proyecto, el volumen de la carga transportada a través de este puerto se ha cuadruplicado (de 244.191 toneladas en 2001 a 1.366.911 de toneladas en 2006).



NINGUNA DE LAS REGIONES DISPONÍA DE UN PLAN ESTRATÉGICO DE DESARROLLO PORTUARIO A LARGO PLAZO.

En España, un organismo intermedio Puertos de Estado, dependiente del Ministerio de Fomento, evaluaba todas las inversiones de infraestructuras portuarias propuestas mediante el examen de los planes evolutivos de actividades y de los planes quinquenales de desarrollo de los puertos de interés nacional.

SÍNTESIS DE LAS DOTACIONES DE LOS FONDOS ESTRUCTURALES Y DE COHESIÓN PARA INFRAESTRUCTURAS PORTUARIAS DE TRANSPORTES DURANTE EL PERIODO 2000-2006 POR ESTADO MIEMBRO.

| Estado miembro | Importes cofinanciados (€) | Porcentaje del total (%) |
|--------------------------------|----------------------------|--------------------------|
| Alemania | 45.510.773,00 | 1,61 |
| Estonia | 10.406.063,00 | 0,37 |
| Grecia | 358.949.324,00 | 12,74 |
| España | 1.468.837.862,00 | 52,12 |
| Francia | 246.157.336,00 | 8,73 |
| Italia | 339.411.748,00 | 12,04 |
| Letonia | 3.540.075,00 | 0,13 |
| Lituania | 2.847.117,00 | 0,1 |
| Malta | 1.269.683,00 | 0,05 |
| Países Bajos | 4.892.440,00 | 0,17 |
| Polinia | 28.487.500,00 | 1,01 |
| Portugal | 180.258.177,00 | 6,4 |
| Reino Unido | 58.923.315,00 | 2,09 |
| Cooperación transfronteriza UE | 55.426.574,00 | 1,97 |
| Cooperación interregional UE | 13.359.052,00 | 0,47 |
| TOTAL | 2.818.277.039,00 | 100 |

SÍNTESIS DE LOS PROYECTOS SELECCIONADOS POR REGIONES

| Región /País | Título del proyecto | Contenido y objetivo del Proyecto | Tipo de proyecto (C/P/S/U) | Coste total (€) | Parte de cofinanciación UE (€) |
|------------------|--|--|----------------------------|-----------------|--------------------------------|
| ESPAÑA | | | | | |
| ANDALUCIA | 1 .Infraestructuras portuarias en las instalaciones de Campamento , San Roque | Obras portuarias (una presa de cierre, tres muelles, dragado, zona terminal destinadas a la construcción de una terminal de contenedores; posteriormente este objetivo se modificó para construir un dique seco para operaciones especiales | C | 37.688.436,00 | 16.582.912,00 |
| | 2. Desarrollo del puerto deportivo de Chipiona | Obras (reordenamiento de pantanales, dragados y ampliación de la capitanía) para aumentar en 77 (de un total de 377 plazas) el número de puntos de atraque del puerto deportivo a fin de atraer a mas turismo y reducir la lista de espera de acceso a amarre para embarcaciones de recreo- | P | 3.918.801,00 | 2.155.341,00 |
| | 3. Nuevo edificio para el personal de mantenimiento y la policía de Cádiz . | Construcción de un edificio para albergar talleres, un almacén, vestuarios, oficinas y el centro de control para el personal de la policía portuaria | S | 1.439.075,00 | 719.538,00 |
| ASTURIAS | 4. Ampliación del puerto de Gijón | Obras en el puerto (nueva dársena, un dique de abrigo y una terminal para cargamentos líquidos y sólidos) destinados a crear la capacidad necesaria para atender al creciente tráfico de mercancías sólidas a granel, productos derivados del petróleo y gas natural y generar empleo. | C | 450.000.000,00 | 247.500.000,00 |
| | 5. Rehabilitación de los muelles Sur y Oeste de la Dársena de San Juan de Nieva/Avilés (fase I) | Construcción de dos diques para permitir la acogida de buques de mayor calado del puerto. | C | 13.109.074,00 | 6.554.522,00 |
| | 6. Avilés . Mejora en la Avenida Conde Guadalhorce con adecuación del muro en zona de Paseo | Remodelación de una zona degradada entre el puerto y la ciudad, convirtiéndola en una avenida con calzadas y aceras nuevas d e1Km de longitud y una superficie total de 25.350 m ² ,con bancos papeleras de reciclaje, farolas y puestos de atraques para yates. | U | 2.437.342,00 | 1.218.671,00 |
| CANARIAS | 7. Puerto de Arinaga . Muelle de Agüimes, 1ª fase A | Construcción de un dique y pavimentación de la explanada en las obras de creación de un puerto industrial a fin de aliviar la congestión en el puerto de las Palmas (en un periodo anterior se utilizaron otros 298.000 euros de fondos de la UE) | C | 23.480.152,00 | 11.750.152,00 |

| Región /País | Título del proyecto | Contenido y objetivo del Proyecto | Tipo de proyecto (C/P/S/U) | Coste total (€) | Parte de cofinanciación UE (€) |
|--------------|---|---|----------------------------|-----------------|--------------------------------|
| | 8.Dique Sur del puerto de La Palmas | Construcción de un dique de abrigo en el puerto de Las Palmas para contener el oleaje de altura superior a 5 m y evitar su entrada en la zona portuaria. | C | 13.857.520,00 | 6.928.760,00 |
| | 9. Pavimentación del muelle de Gran Canaria en el puerto de Las Palmas | Refección de 150.000 m ² de superficie e instalación de torres de alumbrado, instalaciones de aguas residuales, raíles para grúas, redes eléctricas e infraestructura de telecomunicaciones subterránea, en una terminal existente a fin de permitir la manipulación de un mayor número de contenedores | C+S | 10.158.820,00 | 5.079.410,00 |
| GALICIA | 10. Nuevas instalaciones portuarias en Punta Langosteira | Ampliación del puerto existente mediante la construcción de una nueva dársena, un dique de abrigo y una terminal para cargamentos sólidos y líquidos con una carretera de acceso a un polígono industrial cercano a fin de desplazar el tráfico más peligroso del puerto de fuera de la ciudad, resolver el problema de la presión del puerto de la ciudad y crear empleo. | C | 575.182.943,00 | 257.539.720,00 |
| | 11. Nueva lonja pesquera y almacenes de exportadores en el puerto de A Coruña | Construcción de una nueva lonja (con zonas de descarga del pescado, salas para la comercialización, para la preparación del pescado y su acondicionamiento para el transporte, una fábrica de hielo, una cafetería, dependencias administrativas, vigilancia portuaria y otras oficinas, salas de reuniones, una sucursal bancaria y dependencias técnicas) a fin de incrementar la eficiencia del comercio, la manipulación y la expedición de productos de pesca. | S | 18.708.024,00 | 9.319.121,00 |
| | 12. Ampliación del puerto del Ferrol. | Construcción de una terminal de contenedores de carga a granel seca, un dique de abrigo, un muelle, una explanada y sus accesos terrestres y tres puestos de atraque (en un período ulterior se utilizarán 25.189.895 euros más de fondos de la UE) | C | 138.925.795,00 | 39.554.238,00 |

Recientemente, la auditoría del Tribunal de Cuentas europeo (T.C.E.) ha comparado las facturas de 24 proyectos viales en España, Polonia, Grecia y Alemania, los cuatro países donde más kilómetros de carreteras se han construido con apoyo comunitario entre 2000 y 2013. El Tribunal concluye, tras analizar 24 proyectos con una inversión total de 3.000 millones de €, que el coste medio de los seis analizados en España (tres en Andalucía y tres en Extremadura) resultó casi el doble de los seis evaluados en Alemania, tras excluir elementos de ingeniería como viaductos y túneles.

El informe, dirigido por el miembro austríaco del Tribunal, Harald Wögerbauer, recomienda a la CE que averigüe las causas de esa diferencia para garantizar que en el futuro los criterios de licitación y contratación persiguen el resultado más económico en toda la UE. Los auditores sospechan que esa eficiencia no está garantizada en estos momentos.

En España, por ejemplo, cada 1.000 metros de superficie de carretera construida cuestan 160.694 € frente a los 87.217 € de Alemania. Solo en Polonia resulta algo más caro, 163.379 €, mientras que en Grecia se sitúa en 122.562 €. El informe del Tribunal señala que ese dato es el que mejor refleja el coste de los proyectos, porque descuenta el coste asociado a circunstancias como la orografía del terreno, mucho más abrupta en España que en Alemania. Las diferencias, según el Tribunal, tampoco aparecen asociadas a los costes laborales de cada país.

El informe de Wögerbauer apunta más bien al proceso de adjudicación de los proyectos, que rara vez se decantó por las ofertas más económicas. En España y Grecia, según el Tribunal, solo las empresas previamente autorizadas por el Ministerio de Economía pueden participar en el concurso de adjudicación, mientras que en Alemania y Polonia cualquier compañía puede presentar una oferta. La administración española y griega, además, fijan un precio de salida para el concurso, sobre el que los concursantes ofrecen una rebaja. En ambos casos, sin embargo, las ofertas más bajas eran eliminadas automáticamente si estaban un 10% por debajo de la media.

Esa fórmula matemática, recuerda el informe, ha dejado de aplicarse, en parte, por la presión de Bruselas. Pero permitió que algunas de las empresas descartadas se aliaran después con las ganadoras y participaran en el proyecto cobrando más de lo que habían ofertado.

La fragmentación del mercado comunitario también parece contribuir a la diferencia de costes entre países. Incluso un complemento como las biondas o quitamiedos sigue sin estar homologado a nivel europeo, lo que impide una competencia más abierta entre los fabricantes. En este producto de seguridad, Grecia es el país más barato y Polonia, el más caro, con Alemania y España en precios similares.

La construcción de puentes, en cambio, es mucho más barata en España (un 48% menos que en Alemania) gracias, según el informe, al mejor precio del hormigón. La Comisión justifica en gran parte la diferencia. A ninguna institución le gusta que otra le enmiende la plana. Y tal vez por eso, la Comisión Europea da la "bienvenida" al

informe del Tribunal de Cuentas europeo y promete que tomará en cuenta alguna de sus “recomendaciones”, para acto seguido rebatir y cuestionar sus conclusiones. Bruselas contesta a los auditores que “en el caso de España, dos de los proyectos elegidos, La Herradura y Castell de Ferro-Polopos, presentan unas características geológicas extremadamente complejas, que podrían haber contribuido a un coste más elevado”.

La CE también considera justificada la enorme diferencia que existe en España entre el coste total del proyecto (496.000 € por cada 1.000 metros cuadrados y los costes de la carretera en sí misma, excluida la obra de ingeniería (160.000 €). Bruselas atribuye esa diferencia al cómputo del tramo de La Herradura a Almuñécar, donde se construyeron tres túneles, cuatro viaductos y tres pasos subterráneos. “Sin ese proyecto, los costes serían comparables”, asegura la CE en su respuesta oficial al Tribunal. Bruselas, sin embargo, no comenta la diferencia entre el coste en España (161.000 €) y Alemania (87.000 €).

En cuanto a la sobrevaloración del flujo de tráfico esperado, la CE señala que no puede evaluarse en los primeros ejercicios, que además se han visto afectados por la crisis. En el caso de Polonia, Bruselas atribuye la carestía de los proyectos “al recalentamiento del mercado”. Desde el año 2000, la UE ha invertido en la red viaria polaca 17.741 millones de €, más del doble que en la española (8.558 millones de €). La CE asegura que los materiales de construcción han subido en Polonia hasta un 40%.

VI.- ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. Resulta evidente que en estos largos años transcurridos en España, se legislaba de una manera más fértil, principalmente, debido a la formación de sus legisladores, que propiciaban unas leyes más duraderas, sinónimo probablemente de su calidad.

Desde la década de los 90, la morfología de las Cámaras no tuvo más remedio que adaptarse a los nuevos tiempos y consecuentemente, a una presencia de leyes más ampliamente “parcheadas”, sin acometer plenamente reformas adelantadas más precisas.

Las Leyes que hemos tenido a la vista, casi siempre han ido a remolque de acontecimientos obligados (adhesión a la C.E.E. desde 1986), pero, se han desarrollado lentamente, promulgadas con excesiva celeridad, y no dando tiempo a ser “digeridas”, en su justa medida, entendidas y aplicadas por las distintas AA.PP.

2. Coincidiendo con Juan J. Ganuza⁶²⁴ en que, al menos, dos terceras partes de los sobrecostes o modificados, son debidos a mejoras o correcciones del proyecto, uno de los recursos que deberían emplear las AA.PP. para restañar sus “heridas económicas”, sería el reforzar los conceptos de: Formación, así como los Controles de eficacia y eficiencia de los que ya hablamos en el capítulo V, e igualmente, aumentar sus precauciones a la hora de invertir y seleccionar a la empresa encargada de redactar el proyecto inicial.

3. Con estas medidas iniciales, así como con la figura del “llave en mano”, supondría garantizar ampliamente la reducción de costes que hasta ahora vienen desembolsándose en concepto de “modificados”.

En muchos contratos públicos deben tenerse en cuenta *a priori* los costes de su “ciclo de vida”: la calidad del resultado final, precio inicial de licitación, posibles sobrecostes en su fase inicial; el mantenimiento, la explotación y llegado el momento, hasta la eliminación definitiva de la obra.

Es decir, asumir de antemano: los actos, conocimientos y aptitudes de las empresas intervinientes, así como la correspondiente a los técnicos y funcionarios interlocutores de valorar y asumir el proyecto u obra inicial.

Existen numerosos supuestos en que las empresas seleccionadas no alcanzan una profesionalidad satisfactoria para la redacción del proyecto. Si a esto, unimos la falta de conocimientos especializados de algunos sectores específicos de la Administración, obtendremos un producto final: malo, incompleto o defectuoso, ya que los poderes adjudicadores no siempre están en condiciones de verificar el cumplimiento de los requisitos de la licitación a lo largo de su amplio proceso.

⁶²⁴ Catedrático de Economía y Empresa de la Universitat Pompeu Fabra-Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid

Es deseable acciones de formación, en particular, a nivel autonómico y local que técnicamente permitan a los funcionarios asumir los conocimientos necesarios para negociar y encauzar contratos.

Tenemos entendido que la Confederación de Industrias de los Países Bajos, junto a la Asociación de Municipios, tienen previsto emprender conjuntamente acciones destinadas a los funcionarios responsables de la contratación pública en todo el país.

Es decir, debe potenciarse la profesionalización, principalmente en Autonomía y Corporaciones Locales con respecto a las tareas relacionadas con la licitación y contratación en el sector público a través de la formación interna.

4. Uno de los óptimos recursos que dispone la Administración para evitar el tan sobremanido uso de los “Modificado de obra” es la: Planificación.

Planificar de forma adecuada, fijando calendario y prioridades en función de un análisis de la demanda y de unos objetivos en el horizonte.

Entre otros, el Plan de Transporte de viajeros de Cataluña, es un ejemplo de planificación sobre beneficios de servicios públicos por parte de los ciudadanos.

Tampoco estaría de más que el legislador fuera más preciso al definir las categorías que utiliza (unidad de obra, aumento, reducción o cambio de unidad de obra, lo que es o no un modificado, diferenciándolo meridianamente de las obras accesorias o complementarias, etc.). En definitiva, una mejor precisión jurídica previa, redundaría en una mejor planificación y diseño de proyectos que debería conllevar menos modificados arbitrarios, y de paso, a una jurisprudencia más uniforme de nuestros Tribunales.

5. Ausencia de cultura sobre la participación pública en las obras o servicios que afectan al ciudadano.

El periodo de información pública que se ofrece para efectuar alegaciones, es demasiado reducido, restringidamente publicitado y escasamente posibilitado para su comprensión.

Podemos decir, que a la Administración, no le gusta la intervención popular en este sentido.

6. Inclusión, si es el caso, de la asunción como propio, por parte del licitador, y manifestado por escrito, del Proyecto Base, asumiendo las deficiencias, errores, y demás repercusiones, dentro de un precio cerrado, plazo, etc.

7. Ampliar los plazos de licitación más allá de los plazos legales, facilitando así una mayor concurrencia y una mayor preparación de las ofertas técnicas por parte de los licitadores que les permite superar el umbral mínimo técnico exigido.

8. El ofrecimiento de “mejoras”, resta transparencia, ya que el licitador tiende a sobrevalorarlas.

9. Declaraciones responsables por parte del Licitador, específicas y extensivas a los puntos procedentes que se determinen, y que supongan los compromisos previos y necesarios junto a los Pliegos como Ley del Contrato.

El Sr. /Sra..... actuando en nombre (propio o de la empresa que representa), y en relación con la licitación para la ejecución de las obras....., declara:

Primero.- Que he estudiado con detenimiento suficiente el proyecto y toda aquella documentación definitiva de las obras que se tienen que ejecutar.

Segundo.- Que he estudiado con detenimiento suficiente el Pliego de Cláusulas particulares que regulan el presente contrato.

Tercero.- Que he visitado la zona donde se tienen que ejecutar las obras. (En caso contrario: "que no he creído necesario visitar la zona objeto de las obras, puesto que la información que dispongo es suficiente para preparar mi oferta").

Cuarto.- Que, de acuerdo con los tres puntos anteriores, considero suficiente toda la información que me ha sido facilitada para preparar y presentar la presente oferta.

Quinto.- Que dado mi conocimiento de las obras y la realidad física de los terrenos donde se tienen que desarrollar las obras y trabajos, confirmo que el proyecto es plenamente viable y que puedo ejecutar las obras por el precio y en el plazo de oferta.

Así mismo acepto plenamente las cláusulas y condiciones del Pliego de Cláusulas del presente contrato.

Sexto.- Que en el caso de haber detectado en el Proyecto cualquier error y/o carencia, en mi oferta y en cuanto al precio, plan de trabajo y plazos, ya he tenido en cuenta las medidas correctoras adecuadas para poder ejecutar las obras por el precio y plazo de oferta y a plena satisfacción de la propiedad y sin que esto suponga merma alguna en las cualidades descritas en el proyecto ni futuras reclamaciones de cualquier tipo.

10. La Administración y las Empresas Constructoras vienen encontrando cada vez más dificultades para subsanar defectos de todo tipo achacables a ellos mismos, como consecuencia de las deficiencias que se provocan: bien en la redacción del Proyecto, su ejecución o su aceptación.

Hasta hace no muchos años, digamos se disponía de una “caja propia”, que fiscalizaban siempre los mismos. (Hasta 1.975).

Posteriormente, desde 1.978, pasó a ser “caja común”, y más recientemente (1.981), parcialmente compartida por las autonomías.

No hay más remedio que asumirlo y readaptar nuestras antiguas costumbres, como si de una nueva y obligada dieta se tratara.

Es decir, unas pautas muy cercanas al sistema Alemán, pero a su vez, muy alejadas de nuestra cultura administrativa.

Consecuentemente, debemos continuar con uno de los supuestos que más se identifican con nuestras características administrativas: **“LAS NEGOCIACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN Y CONTRATISTA”** que posibiliten el acuerdo final, sin que produzca una nueva convocatoria del concurso.

A un Contratista, casi nunca le interesa acudir a un Contencioso. Prefiere negociar en su más amplio espectro, antes que contemplar cómo se le cierran puertas a corto/medio plazo.

Política y Administrativamente a las AA.PP. tampoco les interesa que esto ocurra, dado que los costes se incrementarían y para los políticos se trataría de un pequeño desastre.

Tratándose de grandes obra civiles, hay que negociar el “finiquito”, e indemnizar al contratista si es el caso, pero nunca paralizar o suspender una obra, con el espejismo de licitar de nuevo... Esto último, como caso muy extremo.

Nadie conoce como el propio contratista los trabajos que realiza, donde tiene ubicada su maquinaria y emplea a sus obreros.

Piénsese en las Obras de la ampliación del Canal de Panamá: Se negocia y se continúa trabajando a la espera de decisiones, que ya irán llegando...

Poca son las esperanzas de finalizar la ejecución de un trabajo sin negociar cualquier tipo de continuación, y cuanto antes mejor, dado que las presiones políticas, ciudadanas, económicas, etc.....pesarán, nunca mejor dicho, como una losa de hormigón.

Y si se nos presenta el riesgo de la corrupción, no se deberá únicamente a los Políticos, sino que también en toda negociación el volumen de dinero, siempre es susceptible de envenenar y corromper a otros estamentos pasando de ser un problema de ingeniería o construcción, a ser simplemente un gran problema.

Como líneas finales, quedan sedimentados dos pensamientos:

- Aunque las grandes obras civiles cuesten mucho más de lo previsto son extraordinariamente rentables.
- Dentro de cientos de años, las obras seguirán funcionando y produciendo beneficios, y las personas que intervinieron en sus líos iniciales, ni siquiera habrán pasado a la Historia.

¡Eso sí, hay que perseguir al corrupto y ponerlo a disposición judicial.¡

FIN

VII.- TABLAS DE EQUIVALENCIAS (MODIFICADOS DE OBRA) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE.

| Ley 30/2007 | R.D.L. 3/2011 |
|---|---|
| Artículo 92 bis. Supuestos. | Artículo 105. Supuestos. |
| Artículo 92 ter. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación. | Artículo 106. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación. |
| Artículo 92 quáter. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación. | Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación. |
| Artículo 92 quinquies. Procedimiento. | Artículo 108. Procedimiento. |
| Artículo 140. Formalización de los contratos. | Artículo 156. Formalización de los contratos. |
| Artículo 195. Procedimiento de ejercicio. | Artículo 211. Procedimiento de ejercicio. |
| Artículo 202. Potestad de modificación del contrato. | Artículo 219. Potestad de modificación del contrato. |
| Artículo 216. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado. (Ley 2/2011) | Artículo 233. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado. |
| Artículo 217. Modificación del contrato de obra. (Ley 2/2011) | Artículo 234. Modificación del contrato de obras. |
| Artículo 226. Modificación del proyecto. (Ley 2/2011) | Artículo 243. Modificación del proyecto. |
| Artículo 232. Prerrogativa y derechos de la Administración. (Ley 2/2011) | Artículo 249. Prerrogativas y derechos de la Administración. |
| Artículo 233. Modificación de la obra pública Ley 2/2011 | Artículo 250. Modificación de la obra pública. |
| Artículo 258. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico (Ley 2/2011) | Artículo 282. Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico. |
| Artículo 272. Modificación del contrato de suministro. (Ley 2/2011) | Artículo 296. Modificación del contrato de suministro. |
| Artículo 282. Modificación de estos contratos. (Ley 2/2011) | Artículo 306. Modificación de estos contratos. |

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

VIII.- BIBLIOGRAFÍA.

A) AUTORES

- ALONSO GARCÍA, R.: "La ejecución normativa del Derecho Comunitario Europeo en el Ordenamiento español" RAP nº 121, 1991
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR.: "El concepto de contrato público en la CEE", Noticias CEE, nº. 21, Octubre de 1986, págs.19-26
- BAÑO LEÓN, J.M.: <<La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas>>, Revista de Administración Pública, Núm. 151. Enero-Abril 2000, pp. 11-37
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA.: "El Derecho comunitario de los contratos públicos y su incidencia en la nueva ley de contratos" en Contratación administrativa, cuadernos de Derecho Judicial XXCI/1995, consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1195, págs. 33-49 "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas", RAP, núm. 151, Enero -Abril de 2000, pág. 11-37
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: La Resolución de los contratos administrativos incumplimiento del contratista, Editorial Lex Nova, 1ª Edición, Junio de 2007, p.100.
- BORRAJO, I.: "El intento de huir del Derecho Administrativo" Reda, núm. 75, 1992
- CAZZOLA. E.: "La corruzione politica in Italia (1998)".
- CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DÍAZ C., y otros: Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 719-721.
- COMISIÓN EUROPEA: La contratación pública en la Comunidad, COM (86) 375 final, de 10 de Febrero de 1987.
- DE LA PEÑA OLIVAS, JOSE MANUEL: Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano. Nuevos Elementos de la Ingeniería Romana. III. Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006.
- DEL SANZ, S.: "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas" RAP, núm. 133.
- DELGADO BARRIO, JAVIER (dir): Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXII, consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994.
- DENÍZ PÉREZ, A y GONZÁLEZ BOTIJA, F.: Contratación pública y ayudas del fondo de cohesión para el proyecto de construcción del tren de alta velocidad en España, RUE: Revista universitaria europea, nº. 19, 2013, pp. 65-86.

- DIEZ MORENO, F. Y LÓPEZ-IBOR MAYOR, V.: "la contratación administrativa en la UE y el ordenamiento español" Revista Política Exterior nº 43, 1995.
- ENTRENA CUESTA, R.: "Curso de Derecho Administrativo. Vol. I/2, Organización Administrativa" Ed. Técnos, Madrid 1996 y 1998, y vol. I/I. Concepto fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa, Madrid 1999.
- ESCUDER CABREJAS, RAMÓN L.: La contratación pública. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de contratos de las Administraciones públicas, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1997
- FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M^a.: "Contratación administrativa" Bosch, Barcelona 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Ámbito Subjetivo y objetivo de aplicación de la L.C.A.P" En Derecho e los Contratos Públicos. Estudio Sistemático y de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, coord. Pendas, B. Edit. Praxism Barcelona 1995.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M., "La nueva regulación de la contratación Pública en el Derecho comunitario europeo" RAP 166, 2005 págs. 281-320.
- GARCÍA DE LA MATA, J.E., PIPAON PULIDO, J.G.: <<Reflexión sobre la notificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de Octubre, de contratos del sector público>> Diario de Ley, Núm.- 6983, 7 de Julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).
- GARCÍA MATA, FERNANDO y MURILLO GARCÍA-ATANCE, IGNACIO: "Las formas de adjudicación" en Contratación Administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial XXVI/1995, Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1995, pág. 53-106.
- GASNELL ACUÑA, C.A: "Cómo contratar eficientemente con el Estado (un análisis crítico de la Ley 56 de 27 de Diciembre de 1995 que regula la Contratación Pública en Panamá)", Ed. Sistemas Jurídicos, S.A. 2003, Panamá.
- GIL IBAÑEZ, ALBERTO J.: El control y la ejecución del Derecho Comunitario. El papel de las Administraciones nacionales y europeas, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 1998.
- GIMENO FELIU, J.M.: "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública" RAP nº 144, 1997.
- GIMENO FELIU, J.M.: <<El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras>>, Revista de Administración Pública, Núm. 176, 2008, pp.9-54.
- Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de Octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos. Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), p. 256.

- << Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica>> El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Núm. 9, 2010, pp. 50-55.

- GIMENO FELIU, JOSE MARÍA.: "El control de la contratación pública. Las normas comunitarias y su adaptación en España" Civitas. Madrid, 1995.

-GONZÁLEZ GARCÍA, J.V:

- Sociedades estatales de obras públicas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Diccionario de obras públicas y bienes públicos, Madrid, Iustel, 2007.

- GÓNZALEZ PÉREZ, J.: "La responsabilidad patrimonial de los servidores públicos" DIARIO ABC. Jueves 15 de Agosto de 1996. Pág.26.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: "La contratación de las Comunidades Europeas" RAP, núm. 142, Enero -Abril de 1997, págs. 195-223.

- GUAITA A.: "Los actos administrativos del Tribunal Constitucional" REDA nº 29, 1981.

-HERNANDEZ GUARDIA, M: "Derecho Administrativo Iberoamericano".

- HORGUE BAENA C.: La modificación del contrato administrativo de obras, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 74-76.

- JIMENEZ APARICIO Y OTROS, Comentarios a la legislación de contratación pública, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113.

- JURISTO SÁNCHEZ, RAFAEL.: "La adaptación de la regulación española del contrato de obra pública a las Directivas de la Comunidad Económica Europea" REDA, núm. 49, Enero - Marzo de 1986, págs. 85-98.

-LEGUINA VILLA, J: "Gasto público e incumplimiento de contratos de obras educativas", UCM, 1978.

- LLISSET BORRELL, F. y LLISSET CANELLES, A.: "Manual de los contratos público (Comentarios a la Ley 13/1995 modificada por la Ley 53/99" Bayer Hnos. S.A. Barcelona 2000.

- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: "Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" Noticias de la Unión Europea nº 136, 1996.

- LOPEZ-CONTRERAS Y J.F. MESTRE DELGADO, Contratos Públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejoras, Instituto de empresa y Cátedra jurídica del Centro PwC del sector público, Madrid, 2006, pág.159.
- MALARET GARCIA, E.: "Público y privado en los juegos Olímpicos de Barcelona", Madrid, 1993.
- MARTÍN BURGOS, JUAN ANTONIO: "El derecho comunitario y la contratación pública. Situación y perspectivas" GJ de la CEE, B-38, Enero de 1989, págs. 3-8.
- MARTIN REBOLLO, LUIS – Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –THOMSON CIVITAS – 2ª Edición Madrid 2004 – Pág. 584-585.
- MARTIN RETORTILLO, S. "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente" RAP, núm.126, 1991.
- MARTÍNEZ FERNANDEZ J.M.: <<Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el T.R.L.C.A.P.>> El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Núm.3, 2001.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. y LAGUNA DE PAZ, J.C.: " Contratación pública, Jornadas de Valladolid, Marcial Pons. Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS: "Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario" en Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994 págs. 347-393.
- MELLADO RUIZ, L.: << El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible>>, Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Núm. 99, 2010, pp. 58-68.
- MISTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO: "El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la Directiva 89/655/CEE, de 21 de Diciembre de 1989)" Noticias CEE, núm. 74, Marzo de 1991, pág. 35-40.
- MORENO MOLINA, J.A.: Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas, Editorial BoMarzo, Albacete, 2006, pp. 33-43.
- MOREO MARROIG TERESA. Los modificados de los Contratos Públicos en España. ¿Crónicas de una muerte anunciada? La Razón del Derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, nº 2- 2011.
- NOGUERA DE LA MUELA, BELEN: "El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" Atelier Administrativo. Año 2000.

- OJEDA MARIN ALFONSO: Hacia un sistema de Contratación Pública acorde con el Mercado Interior

- ORDOÑEZ SOLIS, D.: La contratación pública en Europa, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp.36-51.

- ORDOÑEZ SOLÍS, DAVID.: La ejecución del Derecho comunitario europeo en España, Civitas. Madrid, 1993.

-PALOMAR OLMEDA, A.:

- El buen orden de las cuentas públicas, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 836, 2012.
- El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública, Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, nº. 105, 2011, pp. 41-65
- Invalidez y revisión de los contratos del Sector Público. Análisis del recurso especial en materia de contratación, Aplicación práctica de los contratos en el sector público, 2009, pp. 97-159
- La problemática del ámbito de aplicación de la ley de contratos de las administraciones públicas, Cuadernos de derecho judicial, nº. 8, 1997 (Ejemplar dedicado a: Contratación administrativa, II / José Luis Gil Ibáñez (dir). pp. 13-74.
- El nuevo marco de la contratación pública, (dir.), Bosch, 2012.
- El procedimiento administrativo y la gestión presupuestaria y su control, Dykinson, 1994, Madrid.

- PAREJO ALFONSO, L. "Eficacia y Administración. Tres Estudios". INAP. Madrid 1995, pág. 117.

- PAREJO ALFONSO, L.: "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo" en "la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (Directores), Tecnos, Madrid 1993.

- PAREJO ALFONSO, L.: Organización y actividad en la Administración pública", en Eficacia Administración. Tres Estudios, Madrid 1995, págs. 19-85.

- PÉREZ MORENO, A.: "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público" En Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (AA.VV) Dir.: Gómez-Ferrer Morant, Civitas, Madrid 1996.

- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS: "El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley" en GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL

(dir.): Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas. Madrid, 1996, págs. 21-51.

- QUINTANA LÓPEZ, A.: <<Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas>> Civitas. Revista española de derecho administrativo, Núm. 131, 2006, pp. 421-444.

- RAZQUIN LIZARRAGA, M.: "Contratos Públicos y Derecho Comunitario" Pamplona, 1996.

- RÁZQUIN LIZARRAGA, MARTÍN M^a.: Contratos público y Derecho comunitario, Aranzadi. Pamplona, 1996.

- RIVERO YSERN, J.L.: "Los principales problemas de la contratación pública" En estudio sobre la nueva Llei de Contractes de les Adminitracions Púbiques. Seminari de Dret Local (Curs 94-95). Ajuntament de Barcelona.

- RODOLFO CARLOS BARBA –Aspectos jurídicos del Presupuesto- Doctrina-Pág. 7,8 y 16.

- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.F.: "El procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas en el Derecho Comunitario Noticias CEE nº 65, 1990.

- SALA ARQUER, J.M.: "Huida al Derecho privado y huida del Derecho" REDA nº 75, 1992.

- SAMANIEGO BORDIU, G.: "El control del Derecho Comunitario de los contratos públicos" RAP, núm. 123, 1990.

- SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARIA DE PAREDES, V. Y LÓPEZ BLANCO, C.: El Derecho comunitario de la contratación pública, Escuela de Hacienda Pública, Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid, 1991.

- SANTIAS VIADA, J.A.: SANTAMARIA DE PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C.: "El derecho comunitario de la contratación pública" , Escuela de la Hacienda Pública, Madrid 1991.

- SAZ CORDERO, S. DEL.: "Los contratos de la Administración y el Derecho comunitario" en El Desenvolupament del dret administratiu europeu, EAP, Barcelona 1993.

- SILVA DE LAPUERTA, R. y CALVO DÍAZ, G.: "El Derecho Comunitario europeo y la L.C.A.P" en Derecho de los Contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, (AA.VV), coordinación: Pendas, B, Edit. Praxis, Barcelona 1995.

-SORIANO GARCÍA, J.E:

- Contratos de obras públicas: Ofertas temerarias. Efecto directo de las Directivas frente a la Administración, Noticias de la Unión Europea, 1990, nº 64, pp. 119-124.
- Lucha contra la morosidad y contratación administrativa, Iustel, 2006.
- VAZQUEZ MATILLA, F.J.: <<Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de Abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra>> Revista Jurídica de Navarra, Núm. 45, Enero-Junio 2008, pg. 149-181.
- <<La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de Abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público>> Revista Española de Derecho Administrativo, Núm. 143, 2009, pp. 529-564.
- << Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público>> Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Núm. 94, 2010, pp. 54-63.
- VICENTE LÓPEZ, C.: "La contratación administrativa. Condiciones y eficacia". Edit. Comares, Granada 1996.
- VILARDEL I RIERA, I: "La evaluación de la eficiencia de las Administraciones Públicas".
- VILLAR PALASÍ, J.L, Apuntes de Derecho Administrativo C. II Madrid 1977. Pág. 374- Dykinson.
- VILLAR PALASI, J.L.: "Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", en Administración institucional, Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo, I, Madrid, 1994, págs. 151 y sigs.
- VINYOLÉS CASTELLS, M.: "Adjudicación de los Contratos públicos" Madrid, 1996.

TESIS DOCTORAL: **EL MODIFICADO DE OBRAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Autor: **Jesús A. Rodríguez Morilla**

Directores de la Tesis: **Dr. Fernando González Botija /Dr. Rafael Caballero Sánchez**

IX.- INDICE DE ABREVIATURAS.

| | |
|------------|--|
| AA.EE. | Asuntos Exteriores. |
| A.A.P.P. | Administraciones Públicas. |
| C. Civil. | Código Civil. |
| C.E. | Constitución Española. |
| C.E.E. | Comunidad Económica Europea. |
| C.E.S.E. | Comité Económico y Social Europeo. |
| D.G.C. | Dirección General de Carreteras. |
| D.F. | Dirección Facultativa. |
| G.I.E.E.C. | Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Cultura. |
| I.G.A.E. | Intervención General de la Administración del Estado. |
| J.C.C.A. | Junta Consultiva de Contratación Administrativa. |
| L.C.E. | Leyes Contratos del Estado 923/65 y 13/95. |
| L.C.S.P. | Ley de Contratos del Sector Público 30/2007. |
| L.E.S. | Ley de Economía Sostenible 2/2011. |
| L.E.C. | Ley de Enjuiciamiento Civil. |
| L.G.P. | Ley General Presupuestaria. |
| L.J.C.A. | Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa. |
| L.P.A.C. | Ley de Procedimiento Administrativo Común. |
| L.R.J.A.P. | Ley Régimen Jurídico Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. |
| L.R.L. | Ley de Régimen Local. |
| P.C.A.P. | Pliego de Condiciones Administrativas Particulares. |
| P.C.G.A. | Pliego de Cláusulas Generales Administrativas. |

| | |
|--------------|--|
| P.G.O.U. | Plan General de Ordenación Urbana. |
| RAJ/RJ. | Repertorio Jurisprudencia Aranzadi. |
| R.C.L. | Repertorio Cronológico de Legislación. |
| R.C.C.L. | Reglamento de las Corporaciones Locales. |
| R.G.C.E. | Reglamento General de Contratación del Estado. |
| R.I.T.E. | Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios. |
| R.J.A.P. | Régimen Jurídico Administraciones Públicas. |
| S.T.S. | Sentencia Tribunal Supremo. |
| S.T.J.U.E. | Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea. |
| T.J.C.E. | Tribunal Justicia Comunidades Europeas. |
| T.R.L.C.A.P. | Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. 2/2000. |
| T.S. | Tribunal Supremo. |
| T.S.J. | Tribunal Superior de Justicia. |
| U.E. | Unión Europea. |